

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**O DESCUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA AOS  
FILHOS E O INSTITUTO DA DESERDAÇÃO**

**STÉPHANIE SCHMALL GOMES**

**Rio de Janeiro**

**2018 / 1º SEMESTRE**

**STÉPHANIE SCHMALL GOMES**

**O DESCUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA AOS  
FILHOS E O INSTITUTO DA DESERDAÇÃO**

Monografia de final de curso,  
elaborada no âmbito da graduação em  
Direito da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como pré-requisito para obtenção  
do grau de bacharel em Direito, sob a  
orientação da Professora Dra. Cristina  
Gomes Campos de Seta.

**Rio de Janeiro**

**2018 / 1º SEMESTRE**

**STÉPHANIE SCHMALL GOMES**

**O DESCUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE  
ASSISTÊNCIA AOS FILHOS E O INSTITUTO DA DESERDAÇÃO**

Monografia de final de curso,  
elaborada no âmbito da graduação em  
Direito da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como pré-requisito para obtenção  
do grau de bacharel em Direito, sob a  
orientação da Professora Dra. Cristina  
Gomes Campos de Seta.

Data da Aprovação: \_\_/\_\_/\_\_

Banca Examinadora:

---

Orientadora

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2018 / 1º SEMESTRE**

G633d            Gomes, Stéphanie Schmall  
                    O descumprimento do dever constitucional de assistência  
aos filhos e o instituto da deserdação / Stéphanie Schmall  
Gomes. -- Rio de Janeiro, 2018.  
64 f.

Orientadora: Cristina Gomes Campos de Seta.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Exclusão sucessória. 2. Assistência aos filhos. 3.  
Deserdação. 4. Abandono afetivo. I. Seta, Cristina Gomes  
Campos de, orient. II. Título.

## RESUMO

O presente trabalho busca relacionar o dever constitucional de assistência dos pais em relação aos filhos com as causas de exclusão sucessória pelo instituto da deserdação, analisando a taxatividade imposta pelo legislador no rol do artigo 1.963 do Código Civil, que apenas possibilita a exclusão dos ascendentes da sucessão quando estes abandonarem descendentes que possuam deficiência mental ou grave enfermidade, deixando de considerar o abandono afetivo, que está implícito em diversos artigos da legislação brasileira, mas, principalmente, na Constituição Federal, que em seu artigo 229 vai estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. De início, são estabelecidos conceitos históricos essenciais para a compreensão do desenvolvimento dos institutos estudados, passando pela origem do direito sucessório e o conceito dos institutos que deste decorrem, focando na exclusão sucessória, que é composta pela indignidade e pela deserdação, sendo esta o objetivo principal do presente trabalho. Em seguida, são analisadas as taxatividades estabelecidas pelo legislador e a impossibilidade de interpretação extensiva destes artigos e, enfim, a importância da assistência e cuidado dos pais em relações aos filhos, buscando entender a importância da presença não só física, mas, principalmente, afetiva dos ascendentes na vida dos descendentes, visando analisar a possibilidade de deserdação nos casos de abandono afetivo.

**Palavras-chave:** Exclusão sucessória. Assistência aos filhos. Deserdação. Abandono afetivo.

## **ABSTRACT**

This paper aims to relate the constitutional duty of parents' assistance towards their children with the causes of succession exclusion through the disinheritance institute, analyzing the ratability imposed by the legislator in the roster of the article 1.963 from the Civil Code, which only enables the exclusion of the succession's ascendants when they abandon mentally or gravely ill descendants, not taking into consideration the affective abandon, which is implicit in various articles of the Brazilian legislation but, mainly, in the Federal Constitution, whose 229th article will establish that parents have the duty to assist, raise and educate their youngest children. From start, essential historical concepts are established for the comprehension of the studied development institutes, going through the origin of succession law and the concepts of institutes derived from it, focusing on the succession exclusion, which is composed by the indignity and disinheritance, this being the main goal of this paper. Then, an analysis on the ratabilities established by the legislator and the impossibility of an extensive interpretation of those articles and, finally, the importance of the assistance and care of parents towards their children, seeking to understand the importance of not only the physical presence but, especially, affective of the ascendants in the lives of the descendants, aiming to analyze the possibility of disinheritance in the cases of affective abandon.

**Keywords:** Succession exclusion. Children's assistance. Disinheritance. Affective abandon.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>2. DIREITO DAS SUCESSÕES</b>	<b>11</b>
2.1. ORIGEM	11
2.1.1. <i>Direito Sucessório no Brasil</i> .....	13
2.1.2. <i>Do Neoconstitucionalismo e do Direito Constitucional</i> .....	15
2.2. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DE SUCESSÕES	20
2.2.1. <i>Da sucessão legítima e sucessão testamentária</i> .....	23
<b>3. FORMAS DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO</b>	<b>31</b>
3.1. INDIGNIDADE	35
3.2. DESERDAÇÃO	38
3.2.1 <i>Hipóteses de deserdação</i> .....	40
<b>4. A TAXATIVIDADE E A RIGIDEZ IMPOSTAS PELO LEGISLADOR</b>	<b>44</b>
<b>5. O ABANDONO AFETIVO E O DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA DOS PAIS</b>	<b>52</b>
5.1. O ABANDONO AFETIVO COMO CAUSA DE DESERDAÇÃO	56
<b>6. CONCLUSÃO</b>	<b>62</b>
<b>7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>64</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Muito se fala na supremacia da Constituição, na superioridade do Direito Constitucional em detrimento dos outros ramos do Direito. Não restam dúvidas de que todos os ramos do Direito devem ter a sua base no Direito Constitucional, estando sempre em conformidade com a Carta Magna e com os princípios e garantias ali dispostos.

Com o Direito Civil, e, mais restritivamente, com o Direito Sucessório, não seria diferente. Este precisa estar embasado nos princípios constitucionais e, como o mais importante deles, como o valor máximo do sistema normativo, temos o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que é base para diversas normas e deveres impostos na Carta Magna, sendo um deles o dever de cuidado e proteção dos pais em relação aos filhos, previsto no art. 229 da CF/88, que determina que os pais devem assistir, criar e educar os filhos menores.

O artigo ora mencionado deixa claro o dever que os pais possuem em relação aos filhos, sendo responsáveis pela assistência, criação e educação destes, devendo, portanto, estar presentes, fisicamente e afetivamente, na vida dos filhos.

O artigo não sugere que isto seja feito, mas, ao contrário, constitui um dever, uma obrigação. Ademais, ele não estabeleceu critérios para determinar quais filhos têm o direito de ser assistidos, criados e educados pelos pais, deixando, então, claro que isso é dever de todos os pais em relação a todos os filhos.

O presente trabalho tem como objetivo relacionar o dever constitucional supracitado com o instituto da deserdação, abarcado pelo direito sucessório como uma das formas de exclusão da sucessão, previsto nos arts. 1961 a 1965 do Código Civil, mais especificamente as causas de deserdação previstas no art. 1963, que estabelecem as possibilidades de deserdação dos ascendentes pelos descendentes.

A grande questão é que o referido artigo não elenca o abandono afetivo como possibilidade de deserdação, apenas prevendo esta possibilidade nos casos de desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade. Ele não leva em consideração o



dever instituído pela Constituição Federal e apenas permite que uma categoria de filhos (portadores de doença mental ou grave enfermidade) tenha o direito de deserdar os pais ou avós em caso de desamparo.

Nesta linha, o presente trabalho busca analisar a importância do dever constitucional de cuidado e proteção dos pais e, na ausência destes, dos avós, o que claramente está relacionado à afetividade, atualmente tão falada no âmbito do Direito Civil, relacionando-o com a possibilidade de deserdação quando do não cumprimento deste dever, ou seja, quando for o caso do que tem se chamado de “abandono afetivo”.

Em síntese, se pretende questionar a possibilidade da aplicação do instituto da deserdação nos casos de abandono afetivo dos filhos, com base no dever de cuidado e proteção dos pais, previsto no art. 229 da CFRB/88, tendo em vista a existência de previsão legal, no Código Civil, autorizando a deserdação dos ascendentes quando estes desampararem filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade, estabelecida no art. 1.963, inciso IV do CC/02, e entendendo que a Constituição não criou este dever apenas para os pais que possuem filhos deficientes ou gravemente enfermos, mas sim para todos os pais, independentemente da condição mental ou de saúde dos filhos.

Nesse sentido, o primeiro capítulo tratará do conceito e classificação do direito das sucessões, passando por sua origem no direito transnacional, bem como no ordenamento jurídico brasileiro. O capítulo abordará, ainda, o surgimento do denominado direito civil constitucional, que é um desdobramento das teorias neoconstitucionalistas.

No segundo capítulo, por sua vez, serão abordadas as formas de exclusão sucessória no direito brasileiro, suas características e, principalmente, suas diferenças e semelhanças, tanto nas hipóteses de cabimento quanto em seus procedimentos.

O capítulo de número quatro tratará sobre a taxatividade imposta pelo legislador no rol dos artigos que estabelecem as causas de exclusão sucessória, tanto por indignidade quanto por deserdação. Esta, contudo, com maior ênfase, tendo em vista tratar-se do objeto do presente trabalho.

Por fim, o capítulo de número cinco abordará a relação entre o abandono afetivo e o dever constitucional de assistência aos filhos pelos pais, abordando, ainda, a possibilidade da aplicação do abandono afetivo como causa de deserdação.

## **2. DIREITO DAS SUCESSÕES**

### **2.1. Origem**

Preliminarmente, para fins de melhor compreensão do tema objeto do presente trabalho, faz-se necessário analisar o direito sucessório como um todo, tendo como base, principalmente, suas origens e a razão para seu surgimento no direito brasileiro.

O marco inicial do direito sucessório ocorreu com o surgimento das primeiras famílias na Roma antiga, momento em que houve um forte crescimento do conceito de propriedade privada. A propriedade privada passou a ser muito importante para a população da época. Assim, para os Romanos, a sucessão hereditária era não só a continuação da religião de uma família, mas também de todo o seu patrimônio.

Inicialmente, o que se transmitia pela morte era a religião do homem, que era considerado o líder da família. Ou seja, ser herdeiro era continuar professando a mesma fé que o falecido professava enquanto vivo. Essa transmissão dos dógmas religiosos ocorria apenas na linha masculina, não sendo admitida qualquer descendência por parte de uma mulher.

Nesse período a religião era tão forte que o que determinava o parentesco das pessoas não era a origem sanguínea, mas sim a origem religiosa, ou seja, uma pessoa era considerada parente da outra não por ser filho da mesma mãe, por exemplo, mas sim por ter o mesmo culto. Nesse caso, se acaso um homem morresse sem deixar qualquer herdeiro sanguíneo, seu herdeiro era aquele que desse continuidade ao culto que era prestado pelo falecido.

Como se percebe, nesse período o objeto principal do direito sucessório não era o patrimônio que detinha o homem até o momento da sua morte, mas sim sua crença religiosa, que prevalecia sobre o primeiro. Todavia, com o desenvolver da sociedade, o patrimônio passou a prevalecer em detrimento da religião.

Com o surgimento e desenvolvimento das ideias liberais, algumas novas ideologias

surgiram, pautadas na máxima da liberdade, da igualdade e da fraternidade. A liberdade diz respeito à limitação da atuação do estado, que anteriormente era muito presente nas relações entre os particulares; a igualdade representa a ideia de não poder haver tratamento discriminatório por parte do estado, uma vez que todos são iguais; e, por fim, a fraternidade é a responsável por designar a boa relação entre os homens.

O principal desdobramento dessas ideias apresentadas, principalmente a ideia de liberdade, é o reconhecimento e a proteção da propriedade privada, que passou a ter uma importante e relevante atuação no desenvolvimento da sociedade.

O marco inicial principal para essa mudança de paradigma no direito sucessório se deu no Código Civil Francês de 1804, conhecido como o Código de Napoleão. Essa codificação adotou um sistema hereditário similar ao nosso atual, segundo o qual a propriedade e a posse da herança eram passadas imediatamente aos herdeiros. Trata-se do chamado direito de *saisine*, sobre o qual abordaremos de forma mais aprofundada à frente.

O referido código estabeleceu também que não haveria mais diferenciação entre o filho primogênito e o filho caçula, estabelecendo uma igualdade entre os herdeiros que estavam no mesmo grau, como, por exemplo, os filhos, que são descendentes de primeiro grau. Houve abolição também do privilégio da linha masculina, ou seja, o direito hereditário não era uma situação existente apenas nos casos em que o falecido era do sexo masculino, mas passou a existir de forma igualitária entre homem e mulher.

Quanto ao tema, Maria Berenice Dias<sup>1</sup> afirma que:

Sem entrar na controvérsia de quando começa a vida, o certo é que ninguém quer que ela acabe com a morte. O desejo de transcender para além da existência corpórea encontra respostas nas religiões que, invariavelmente, prometem a continuação da vida em dimensões outras. A ideia de perenidade da vida está muito ligada à questão sucessória, que se afirma como complemento natural à perpetuação da família. A continuidade da vida implica logicamente continuidade no gozo dos bens necessários à existência e ao desenvolvimento do indivíduo. E a mesma cadeia ininterrupta que une as gerações constitui o nexu sucessório civil. Nas sociedades organizadas em bases capitalistas, o direito sucessório surge com o reconhecimento natural da propriedade privada. Está ligado à continuação do culto familiar que, desde os tempos remotos, advém da ideia de propriedade. O patrimônio e a herança nascem do instituto de conservação e melhoramento. A manutenção dos bens no âmbito da família é um eficiente meio de manutenção da

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

propriedade privada, pois todos os seus membros acabam defendendo os bens comuns. Nas sociedades onde não existe direito de propriedade e nem interesse na preservação da família, não existe direito das sucessões.

A origem do direito das sucessões, portanto, não está relacionada apenas ao aspecto patrimonial, mas, também, ao aspecto afetivo, familiar. Ele vai surgir para que se possa dar continuidade ao que foi deixado pelo falecido.

Desde a sua origem, é importante que o sucessor, aquele que vai dar seguimento aos bens do *de cujus*, seja alguém próximo a ele, membro de sua família, preocupado em proceder com a continuação do que restou. Haverá uma transmissão não só de bens, mas também de obrigações.

### **2.1.1. Direito Sucessório no Brasil**

O direito sucessório no Brasil foi codificado no Código Civil de 1916. Esse código sofreu bastante influência dos ideais liberais que eram propagados na Europa durante o período. O direito Civil nesse momento era pautado na tutela de interesses patrimoniais em detrimento dos demais direitos.

Há aqui reprodução do modelo da sociedade existente no início do século XX, em que a família era a instituição criada por meio do casamento, sendo este o único tipo de família que era reconhecida e também tutelada pela lei. Nessa época não havia nenhuma proteção dos demais modelos familiares que têm como base a simples união de fato e o afeto.

Por conta disso havia uma diferenciação entre os filhos havidos no casamento e aqueles havidos fora do casamento. Os filhos que eram constituídos na constância do casamento, ou seja, filhos dos cônjuges, tinham assegurados todos os direitos previstos na lei. Todavia, aos filhos havidos fora do casamento, em relações extraconjugais, não era reconhecido qualquer direito, seja de paternidade, seja alimentício ou, ainda, direitos sucessórios.

Tal diferenciação entre os filhos havidos fora e dentro do casamento não tinha como base apenas o não reconhecimento do casamento, mas sim o objetivo de assegurar o

patrimônio e a integralidade da família.

Com a evolução da sociedade e a mudança de paradigmas, houve necessidade que a lei acompanhasse tais modificações. Com a vigência do Código Civil de 2002 não houve uma mudança significativa quanto a esses institutos, conforme bem salienta Maria Berenice Dias<sup>2</sup>, no sentido de que o Código Civil atual praticamente copiou a codificação anterior no que diz respeito ao direito sucessório.

Segundo a Autora:

O legislador não teve sequer o cuidado de atualizar a linguagem. Assim, continua a falar em caducidade quando trata da eficácia das disposições testamentárias. Limitou-se a reduzir a ordem de vocação hereditária. Antes o direito sucessório alcançava os colaterais até o sexto grau. Agora somente os parentes até o quarto grau podem ser contemplados. Também a feitura dos testamentos foi simplificada, mas coisa pouca.

A autora acentua a crítica sobre o atual código quando assevera que:

Perdeu o legislador a oportunidade de inserir no âmbito de proteção do direito das famílias - e, via de consequência, do direito sucessório – as uniões de pessoas do mesmo sexo. Deixou de atentar que vem a jurisprudência, já há algum tempo, reconhecendo um leque de direitos às uniões homoafetivas, inclusive o direito à herança. Assim, era indispensável contemplar também estes arranjos familiares no sistema jurídico.

De fato, conforme se extrai das próprias críticas da autora, não houve uma modificação substancial no que se refere ao direito sucessório no Código Civil atual em relação ao Código Civil de 1916. Poderia o legislador ter analisado melhor o desenvolvimento da sociedade e sua necessidade de uma legislação mais atualizada socialmente.

Contudo, há, nos dias de hoje, uma grande diferença entre o tratamento dado, não só ao direito sucessório mas também ao direito civil como um todo, quanto ao verificado no momento em que foi criado o Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição da República de 1988 e o surgimento do chamado Direito Civil Constitucional, sobre o qual trataremos no próximo tópico.

---

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

### **2.1.2. Do Neoconstitucionalismo e do Direito Civil Constitucional**

O Direito como ciência desde sua origem passou por diversas modificações interpretativas que, em sua maioria, estavam ligadas a situação política e histórica dos países e nações em que era aplicado. Antes de tratar de forma específica do denominado Direito Civil Constitucional, se faz necessária análise do desenvolvimento do direito a luz da forma que é interpretado.

Inicialmente, no período do absolutismo monárquico o Direito estava diretamente ligado ao poder. Nesse período todo o poder estava nas mãos do Rei, que exercia todas as funções do Estado, quais sejam, a função executiva, a função legislativa e a função judiciária, ou seja, o monarca era considerado o próprio Estado. O Direito, portanto, não era uma lei positivada como nos dias de hoje, mas sim aquilo que o Rei dizia ser direito ou não, de acordo com a sua íntima convicção.

Tal regime absolutista foi objeto de muitas situações de tortura e tirania, pois como todas as funções estavam na mão de apenas uma pessoa, ela dizia o que estava certo ou errado, e realizava a função de criador da lei, acusador e juiz.

Em resposta a esse poder ilimitado do Estado na figura do Rei, surgiram as ideias liberais, tendo como marco originário principal a Revolução Francesa, quando começaram a surgir os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, conforme dito no capítulo anterior. Tais ideias liberais surgiram a fim de que fosse limitado o poder absoluto do Estado na pessoa do Rei, que até então não sofria nenhum limite, já que todas as funções eram do Estado.

Com esse novo paradigma surge o denominado positivismo jurídico. Para o positivismo direito é igual a lei. Ou seja, diferente da época monárquica, em que o direito era aquilo que o Rei falava que é direito, para o positivismo o direito era aquilo que constava na lei, independente de qualquer outra circunstância; o direito deriva tão somente de fontes sociais e políticas do Estado, do Poder Soberano.

Dentre os positivistas, o autor mais importante foi Hans Kelsen<sup>3</sup>, que tinha como objetivo conhecer o direito como ele realmente era. Para tanto, o autor desenvolveu a chamada Teoria Pura do Direito, segundo a qual o direito, como disciplina jurídica, deveria ser analisado unicamente sob o aspecto da norma jurídica e nada mais. Ou seja, o direito era uma ciência independente de qualquer outra, independente da Filosofia, da Moral e da Ética.

Tal interpretação do direito era bastante radical, uma vez que se determinada coisa estava prevista na lei era considerada justa, ao passo que se não estivesse prevista na lei não era considerada justa, independente dos conceitos de ética, moral e de justiça de forma subjetiva. Por conta disso tal regime também foi ultrapassado, pois, sob o pretexto de criar uma igualdade para todos, acabava criando mais desigualdade, além de situações cruéis que eram previstas em lei como, por exemplo, o Nazismo.

Em resposta aos problemas causados pelas teorias positivistas, surge, após a Segunda Guerra Mundial, o chamado Pós-positivismo ou neoconstitucionalismo. Tal teoria redefiniu o lugar em que estaria localizada a Constituição em detrimento das demais normas, ou seja, aquela passa a ser considerada hierarquicamente superior a estas. A partir desse momento o Direito Constitucional não passa a ser apenas um ramo do direito como um outro qualquer, mas sim um influenciador sobre todas as outras áreas.

O neoconstitucionalismo confronta a ideia apresentada por Kelsen, segundo a qual direito é uma disciplina a ser analisada separadamente das demais, podendo comportar qualquer conteúdo. Há aqui uma aproximação entre o Direito e a Moral.

Dentre os desdobramentos trazidos pelo neoconstitucionalismo, o mais importante para o presente trabalho foi a atribuição à Constituição do status de norma jurídica. Restou superado, portanto, segundo Luiz Roberto Barroso<sup>4</sup>, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XX, momento em que a Constituição era vista apenas como documento político.

---

<sup>3</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000. Pg. 60.

<sup>4</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 04 Jun. 2018.



Segundo o autor<sup>5</sup>:

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha<sup>8</sup> e, com maior retardo, na Itália<sup>9</sup>. E, bem mais à frente, em Portugal<sup>10</sup> e na Espanha<sup>11</sup>. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do status quo.

No que se refere ao Brasil, essa nova forma de analisar o Direito Constitucional teve origem quando da promulgação da Constituição da República de 1988, que tem como fundamento principal a dignidade da pessoa humana.

Portanto, tendo o Brasil adotado o neoconstitucionalismo, todos os ramos do direito devem ser analisados à luz da Constituição e não de forma autônoma. A Constituição passa a ser a norma hierarquicamente superior no ordenamento jurídico.

Tal desenvolvimento histórico do positivismo para o neoconstitucionalismo foi fundamental para a forma em que o Direito Civil foi aplicado no Brasil anteriormente, bem como é nos dias atuais.

Quanto à análise histórica do Direito Civil, Carlos Robertos Gonçalves<sup>6</sup> diz que:

A Idade Moderna tem especial importância para o estudo do direito civil, pelo surgimento do Estado moderno e pela racionalização do pensamento e da cultura, o que levou à construção da ciência jurídica, com os seus conceitos abstratos e o caráter sistemático da ordem jurídica. Aparece inicialmente como Estado absoluto, vigente até fins do século XVII, caracterizado pela ascensão da burguesia e culto da vontade do rei como rei. A substituição do Estado absoluto pelo Estado liberal, próprio do liberalismo econômico, tem como antecedente (EUA) DE 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. O primado da lei e a subordinação desta à Constituição passaram a ser características fundamentais.

Quando o Código Civil de 1916 entrou em vigor estava-se diante de um período em

---

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. Pg. 32.

que o positivismo estava presente nos países da Europa. A referida codificação teve como normas influenciadoras o Código de Napoleão de 1804, bem como o Código alemão. Assim, verifica-se um viés positivista no Código Civil de 1916.

Dessa forma, essa codificação refletia as concepções que predominavam no momento histórico e político no fim do século XIX até o começo do século XX. Ou seja, a base principal do Código Civil era a limitação do poder do Estado, o individualismo, o direito de propriedade e a liberdade de contratar.

O código previa suas regras levando em consideração o momento de criação. Por conta disso existiam normas como a tratada anteriormente, segundo a qual os filhos havidos fora do casamento não possuíam qualquer direito; bem como quanto à família como instituição, que só era conhecida por meio do casamento do homem e da mulher.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Roselvald:<sup>7</sup>

Não se olvide que, outrora, quando estávamos sob a égide da Codificação de 1916 – resultante das concepções individualista e voluntarista oitocentistas, incorporadas pelas codificações dos séculos XIX e XX, sob a influência do Code de France (Código Napoleônico) e do BGB alemão –, o Direito Civil esteve liberto da incidência da norma constitucional. O Direito Constitucional se restringia a cuidar da organização política e administrativa do Estado, relegando para o Código Civil a tarefa de disciplinar as relações privadas. Naquela época, o Direito Civil aspirava o aniquilamento dos privilégios feudais, defendendo os valores preconizados pela Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Reconhecia-se, assim, a necessidade de afirmar valores individualistas, permitindo o acesso a bens de consumo, conferindo à legislação privada nítida feição patrimonialista.

Ocorre que, quando o Brasil adotou a ideologia neoconstitucionalista na promulgação da Constituição da República de 1988, o Direito Civil, assim como os demais ramos do direito, não são mais analisados de forma autônoma, mas sim levando em consideração uma norma maior, qual seja a Constituição Federal.

Assim, a Constituição, como norma fundamental e hierarquicamente superior as demais, reunifica todo o sistema do Direito Civil, passando a limitar a atuação da autonomia privada, da propriedade privada, da constituição e proteção dos núcleos familiares, além do controle de todos os bens, tanto os públicos como os privados.

---

<sup>7</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 3. ed. São Paulo: juspodvim .2017, p.33.

Com isso nasce um novo sistema de normas e princípios, denominado Direito Civil Constitucional, que regula a vida privada, com a proteção das pessoas em todos os interesses, nas diferentes dimensões, de forma integrada pela Constituição.

Segundo Tepedino<sup>8</sup>:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio Direito Civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes.

Desse modo, ainda que no que se refere ao texto da lei o Código Civil de 2002 não seja tão diferente em relação ao código de 1916, o primeiro tem como Norma Fundamental, ou seja, tem como fundamento, a Constituição Federal e, portanto, a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, portanto, é fundamental na valorização das relações familiares, bem como nas relações civis. Assim, com a constitucionalização do Direito Civil, as relações familiares, inclusive quanto ao direito sucessório, devem ser desenvolvidas em razão da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido aponta Moacir César Pena Jr<sup>9</sup>:

Como a pessoa humana é o alvo desejado intensamente pela tutela jurídica, nada mais natural que o direito sucessório seja alcançado também pelo princípio “superior” da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), até porque a transferência de bens, direitos e obrigações do falecido aos sucessores deve ocorrer em conformidade com os princípios, direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal, a fim de que estes (sucessores) possam ter uma vida mais justa e saudável, impulsionada pelos encantos: do amor, da igualdade, da dignidade, da ética, do afeto e da solidariedade.

Podemos verificar essa nova perspectiva constitucional do Direito Civil, por exemplo,

---

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 7.

<sup>9</sup> JR., Moacir César Pena. **Curso completo de direito das sucessões: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 45.

na forma em que o Supremo Tribunal Federal interpretou o dispositivo referente à união estável que, em que pese o Código Civil preveja que esta só era possível no caso de uniões duradouras entre homem e mulher, a Corte entendeu que à luz da Constituição Federal é possível a União Estável entre pessoas do mesmo sexo.

Da mesma forma foi o entendimento da Corte Suprema no sentido de que nos casos de morte do companheiro, quanto ao direito das sucessões, deve-se adotar os dispositivos referentes ao casamento, uma vez que, em que pese o Código Civil diferencie os institutos, estes, de acordo com a Constituição Federal, não podem ser tratados de forma diferente.

Essa constitucionalização do Direito Civil é um ponto fundamental do presente trabalho que, como se verá adiante, busca tratar sobre a possibilidade de deserdação dos ascendentes por desamparo afetivo aos ascendentes. Isso porque, em que pese não haja tal previsão no rol taxativo do artigo 1963, inciso IV, do Código Civil, há na Constituição Federal o dever geral dos pais de assistência e cuidado em relação aos filhos, nos termos do artigo 229.

## **2.2. Conceito e classificação de sucessões**

Outro ponto importante, que merece ser esclarecido antes da análise da controvérsia, é a definição do conceito de “sucessão” ou “sucessões” ou, ainda, “Direito das Sucessões”, uma vez que este é aspecto crucial para a compreensão de todo o estudo realizado.

A palavra “suceder” tem sua origem no latim *sucessio*, que tem como correspondente no português a palavra substituir, ou seja, de ocupar o lugar do outro. Trata-se, portanto, do ato por meio do qual uma pessoa preenche o lugar de outra, inclusive no que se refere aos direitos pertencentes ao primeiro.

Nesse sentido é o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves<sup>10</sup>, que assevera que “A palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”.

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

Além da substituição do sujeito, pode-se concluir também que sucessão não é necessariamente apenas a substituição do sujeito da relação jurídica, mas também do objeto, segundo sustentado por Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald.<sup>11</sup>

Volvendo a visão para o particular de uma relação jurídica (e lembrando que toda relação jurídica, necessariamente, é composta de um sujeito, de um objeto e de um vínculo entre eles), observa-se que o sujeito ou o objeto podem, eventualmente, sofrer uma substituição por outro sujeito ou por outro objeto. É exatamente o fenômeno sucessório. A sucessão, assim, é a substituição do sujeito ou do objeto de uma relação jurídica.

Essa substituição na titularidade de determinados bens pode ser classificada como sucessão por ato *inter vivos* ou sucessão *causa mortis*. A primeira, conforme o próprio nome já sugere, é aquela substituição que ocorre por ato voluntário das partes quando da transmissão de direitos e obrigações entre pessoas vivas, ao passo que a segunda ocorre não por um ato voluntário, mas tem como origem uma situação de fato consistente no falecimento de alguém, ou seja, trata-se da possibilidade de substituição do sujeito de uma relação jurídica por conta da morte do seu titular.

O presente trabalho não tem como objeto a sucessão *inter vivos*, mas apenas a sucessão *causa mortis*, uma vez que o direito das sucessões está diretamente destinado à substituição da titularidade de um direito pela morte do seu sujeito. Assim, o presente trabalho apenas tratará da sucessão *causa mortis*.

Na sucessão *causa mortis*, no momento do óbito, há a transferência do patrimônio do falecido para o herdeiro, que herdará todo o patrimônio ativo e o passivo daquele, devendo este ser quitado apenas com o que foi herdado de ativos. O herdeiro não terá a obrigação de quitar os passivos do sucedido com o seu próprio patrimônio, mas, apenas, com o que tiver sido herdado do falecido.

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão<sup>12</sup>:

O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.  
No plano individual, ele procura assegurar finalidades próprias do autor da sucessão, mesmo para além do desaparecimento deste. Basta pensar na relevância

<sup>11</sup> FARIAS, ROSENVALD, op.cit. p. 30.

<sup>12</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil. Sucessões**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 13.

do testamento.

A continuidade deixa marca forte na figura do herdeiro. Veremos que este é concebido ainda hoje como um continuador pessoal do autor da herança, ou *de cujus*. Este aspecto tem a sua manifestação mais alta na figura do herdeiro legitimário.

Mas tão importante como estas é a continuidade na vida social. O falecido participou desta, fez contratos, contraiu dívidas... Não seria razoável que tudo se quebrasse com a morte, frustrando os contraentes. É necessário, para evitar sobressaltos na vida social, assegurar que os centros de interesses criados à volta do autor da sucessão prossigam quanto possível sem fracturas para além da morte deste.

No direito sucessório, portanto, a palavra “sucessão” é utilizada em sentido estrito, referindo-se tão somente a sucessão pós-morte ou *causa mortis*.

Trata-se de dar continuidade ao que restou do falecido, alguém precisa assumir o que ficou após a morte do sucedido, tudo aquilo que não morreu juntamente com ele, mas que, ao contrário, irá permanecer no mundo fático e no mundo jurídico.

É importante observar que a situação jurídica que é transferida pelo direito sucessório não pode ser considerada ilimitada, ou seja, não são todos os direitos do falecido que são transferidos ao herdeiro no momento da sua morte, mas apenas aqueles de cunho patrimonial. Os direitos da personalidade, por exemplo, não podem ser transferidos por herança, por se tratar de direito personalíssimo.

Nesse sentido ensina Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosendal<sup>13</sup>:

Isso porque somente as relações jurídicas patrimoniais (de natureza econômica) admitem a substituição do sujeito da relação jurídica quando da morte do seu titular. Até mesmo porque, naturalmente, as relações jurídicas personalíssimas serão extintas quando do falecimento do seu titular, em face de seu caráter intuito personae. É o exemplo dos direitos da personalidade, afinal de contas a morte do titular põe fim, seguramente, ao exercício da titularidade do direito de imagem, da integridade física ou da vida privada. Igualmente, o estado familiar se extingue com a morte do titular.

Em que pese os direitos da personalidade não possam ser transferidos por herança, por se tratarem de direitos personalíssimos, o desdobramento patrimonial oriundo desses direitos é sim transmitido por herança, como, por exemplo, o direito de exigir reparação por violação de um direito da personalidade, nos termos do artigo 940 do Código Civil.

---

<sup>13</sup> FARIAS; ROSENVALD, op.cit. p. 33.

### 2.2.1. Da sucessão legítima e sucessão testamentária

Segundo o Código Civil de 2002, a abertura da sucessão se dá com a morte. Ou seja, no momento em que há a morte nasce o direito dos herdeiros aos bens do falecido. Todo o patrimônio do falecido é transmitido aos herdeiros independente de qualquer formalidade.

Trata-se do direito de *saisine*, segundo o qual, nos termos do artigo 1.784 do Código Civil, a herança transmite-se, desde logo, na abertura da sucessão.

A palavra *saisine* tem origem francesa, conforme falado anteriormente, e tem como significado agarrar, prender, apoderar-se. Trata-se de uma ficção jurídica, que tem como objetivo que os bens e obrigações do falecido não sejam extintos com sua morte. Evita, portanto, que um patrimônio fique sem dono durante um período, já que a existência da pessoa natural é extinta com a morte, momento em que não é mais considerado sujeito de direito e obrigações.

O acervo sucessório transmitido pelo falecimento do titular é chamado de herança. A herança é, segundo doutrina majoritária<sup>14</sup>, uma universalidade de direito que é transferida para todos os herdeiros em forma de condomínio, não apenas em relação aos bens do de cujus, mas todas suas obrigações e direitos. Nesse momento não há a individualização do quinhão hereditário de cada herdeiro, portanto, todos são todos de todos os direitos e obrigações.

A individualização só se dá na partilha, onde se analisa quem são os herdeiros e qual quinhão da herança cada um terá direito. Nesse momento deve-se analisar não apenas a qualidade dos herdeiros, mas também onde está discriminada essa qualidade, que é a forma de sucessão.

O nosso Código Civil dispõe de duas formas de sucessão, a legítima e a testamentária. Conforme falado acima, o que diferencia se uma sucessão é legítima ou testamentária é o local onde estão discriminados os herdeiros. A sucessão legítima, como o próprio nome já diz, é aquela que decorre da lei, ou seja, é a norma jurídica primária que diz como deverá

---

<sup>14</sup> DIAS, op. Cit. p. 107.

ocorrer a sucessão, quem tem legitimidade para suceder ao *de cujus*, bem como quem é o agente que detém tal capacidade. Já a sucessão testamentária decorre do último ato de vontade do falecido e é feita, portanto, mediante testamento, como o próprio nome já sugere.

Em que pese o Código preveja as duas formas de sucessão, na prática a quantidade de vezes em que estaremos diante de uma sucessão legítima é bem maior do que de uma sucessão testamentária. Isso porque, em que pese o legislador tenha disciplinado maior número de dispositivos tratando da sucessão testamentária, essa só ocorre quando há um testamento válido do falecido. Ou seja, se existir testamento a sucessão será testamentária, porém, se não existir a sucessão será legítima. Logo, esta é subsidiária em relação à primeira.

O presente trabalho tem como objeto a sucessão legítima, e não a sucessão testamentária. Todavia, para fins de sua melhor diferenciação e análise de suas características, faz-se necessário um breve estudo sobre as duas formas de suceder. Assim, analisar-se-á a sucessão testamentária e, posteriormente, a sucessão legítima.

A sucessão testamentária decorre do testamento válido. O testamento, por sua vez, tem como finalidade expressar a última vontade do falecido. É por meio deste que o indivíduo pode determinar como será feita a distribuição da herança após a sua morte. É claro que nem sempre o testador poderá determinar a distribuição exatamente como deseja, tendo em vista que, como veremos um pouco mais à frente, a lei garante metade do patrimônio do falecido para alguns herdeiros.

Há diversos tipos de testamentos, mas, dentre eles, o ordenamento jurídico pátrio possui três principais: o testamento cerrado, o testamento público e o testamento particular. Além destes, teremos os chamados “testamentos especiais” e o codicilo, sendo este último nada mais do que a representação do último ato de vontade do testador para assuntos de menor importância e valor, como, por exemplo, disposições sobre seu enterro ou transmissão de móveis e roupas.

O testamento cerrado, como o próprio nome já sugere, é o testamento que é feito e fechado, somente podendo ser aberto após a morte do testador, por um juiz. Após a elaboração pelo testador, o testamento deve ser apresentado ao tabelião, que irá aprová-lo,



cerrá-lo e devolvê-lo ao autor. Quando da morte do testador, o indivíduo que estiver na posse do testamento, deverá levá-lo ao juiz para que este possa presidir a abertura em sua presença, não havendo necessidade de representação por advogado.

O testamento público é bem mais comum do que o testamento cerrado. Ele deve ser feito na presença de uma autoridade com função notarial e o seu conteúdo é aberto, garantindo, assim, o acesso de qualquer pessoa ao seu conteúdo, o que pode ser feito mediante retirada de certidão. Nos casos de testamento público, caso este não seja apresentado ao juiz quando da morte do testador, a sua exibição poderá ser requerida por qualquer interessado, bastando que este solicite em juízo que o detentor do testamento seja obrigado a apresentá-lo.

O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, na presença de três testemunhas, razão pela qual precisa ser confirmado após a morte do testador. Para isso, as testemunhas devem ser ouvidas em audiência para que possam confirmar os requisitos de validade do testamento, quais sejam: a capacidade do testador, a leitura em voz alta perante as testemunhas e a autenticidade de todas as assinaturas, incluindo a do testador.

Os testamentos especiais também estão previstos em lei, mas estes não podem ser feitos por qualquer pessoa. Cada testamento especial possui os seus próprios requisitos e são utilizados apenas em situações excepcionais.

Entretanto, para o presente trabalho, conforme já dito, o que importa é a sucessão legítima, que passará a ser analisada neste momento.

O termo *legítima* refere-se ao que “*vem da lei*.” A sucessão legítima, portanto, diversamente do testamento, que tem como fundamento uma manifestação de vontade do falecido, não leva em consideração essa vontade, mas sim, e puramente, o disposto na lei. Ou seja, é a lei que determina quem será considerado herdeiro, bem como vai determinar a ordem da vocação hereditária para a sucessão.

Nesse sentido Maria Berenice Dias<sup>15</sup> diz que a sucessão legítima poderia ser chamada também de testamento tácito, já que como o falecido não dispõe de seus bens, entende-se que ele concorda que o seu patrimônio seja transferido para as pessoas que estão enumeradas na lei.

A sucessão legítima também é chamada de *ab intestato*, referindo-se a ausência de testamento. Isso porque essa, conforme exposto, só deve ocorrer quando da inexistência de testamento, pois, em tese, a vontade do falecido prevalece em detrimento da lei. Destarte, na ausência de manifestação de última vontade, os bens do *de cujus* serão destinados àqueles a quem a lei instituir.

A expressão “legítima” acaba sendo criticada por parte da doutrina, uma vez que a expressão foi criada com base na discriminação que os filhos havidos fora do casamento sofriam, sendo chamados de “filhos ilegítimos”, pois não podiam ser reconhecidos e, por conseguinte, também não podiam herdar. Contudo, esta ainda é a expressão adotada pelo nosso Código Civil, que, embora seja recente, não alterou esta nomenclatura, deixando a mesma expressão prevista no Código Civil de 1916.

Destarte, a lei determinará como e com quem será dividido o patrimônio deixado pelo falecido na hipótese dele não deixar testamento, ou, quando deixar, este dispor apenas de parte dos bens deixados, bem como nas hipóteses em que o testamento é declarado nulo, anulável ou caduco, nos termos dos artigos 1.786 e 1.788 do Código Civil de 2002.

Quanto às hipóteses de ocorrência de sucessão legítima, assevera Moacir César Pena Jr.<sup>16</sup>:

O dispositivo do Código Civil (art. 1.788) trata das situações em que ocorre a sucessão legítima ou legal: (a) morrendo a pessoa sem deixar testamento – sucessão *ab intestato*; (b) quando os bens deixados pelo autor da herança não forem compreendidos no testamento; e (c) quando o testamento caducar, ou for julgado nulo. Embora no referido artigo não haja manifestação alguma, é preciso considerar-se também, entre essas situações, os casos em que ocorrem rompimento e anulabilidade do testamento.

Em suma, a “sucessão legítima prevalece em todos os casos e sobre todos os bens, quando não há testamento. Nesse sentido é que se diz que ela é residual. Ao menos, em termos técnicos, porque faticamente ela é a regra, dominando o cenário

---

<sup>15</sup> Ibidem. p. 112.

<sup>16</sup> JR., op. Cit. p. 45.

sucessório nacional”.

O Código Civil, em seu artigo 1.822, prevê as pessoas à que a herança se destina e a ordem de vocação hereditária. Esse dispositivo revela a presunção feita pelo legislador no sentido de qual seria a vontade do falecido se este tivesse realizado um testamento. *In verbis*:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

A ordem de vocação prevista no referido dispositivo é considerada uma relação preferencial do legislador, quanto às pessoas que são chamadas a suceder. Há, portanto, uma relação de hierarquia entre as classes apresentadas acima, ou seja, os herdeiros previstos no inciso I do artigo estão em uma classe hierarquicamente superior aos demais incisos e assim gradativamente.

Nas palavras de Maria Berenice Dias<sup>17</sup>, “Tenta o legislador adivinhar os graus de afetividade partindo do pressuposto de que se tem mais proximidade com os parentes mais chegados. Baseia-se na presunção de afeto que as pessoas normalmente têm em relação aos seus familiares”.

O Código Civil, assim, ao criar uma vocação hereditária, distribuiu os herdeiros em classes preferenciais, tendo como fundamento as relações de parentesco e sanguíneas.

Na primeira classe, constante no inciso I do artigo 1.829, estão presentes os descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo nos casos em que estes têm direito à meação e não há bens particulares.

Quanto aos descendentes, é importante lembrar que o Código não faz qualquer distinção entre os filhos havidos fora do casamento ou na constância do casamento, e nem mesmo se a relação é sanguínea ou afetiva, ou seja, tanto o filho de sangue quanto o filho

---

<sup>17</sup> DIAS, op. Cit. p. 133.

por afetividade estão contidos no conceito de descendentes.

Quanto ao conjugê sobrevivente, o atual Código Civil, de forma acertada, o incluiu na primeira classe da ordem de vocação hereditária. O Código de 1916 previa em seu artigo 1.603 que “*serão chamados, pela ordem, os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente, os colaterais até o quarto grau e, por fim, o Estado*”.

Por fim, é importante mencionar que, com a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>, é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Deve-se aplicar, portanto, o inciso primeiro do artigo 1.829 também aos casos de união estável.

Nesse sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO RECTE.(S) :SÃO MARTIN SOUZA DA SILVA ADV.(A/S) :ROSSANO LOPES RECD.(A/S) :GENI QUINTANA ADV.(A/S) :CARLOS EDUARDO FERREIRA ASSIST.(S) :ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES ? ADFAS ADV.( A / S ) : REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO . REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS . 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 646.721. Relator: Marco Aurélio. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312692442&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 04 junho. 2018.

inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

A segunda classe na ordem hereditária é aquela prevista no inciso II do artigo 1.829, que trata da classe dos ascendentes, em concorrência com o conjuge sobrevivente. Estaremos diante dessa classe quando o falecido não deixar nenhum descendente, mas apenas o cônjuge ou companheiro e ascendentes.

Se, por acaso, além de não existirem descendentes, também não existirem ascendentes, nos termos do inciso III, estaremos diante da classe dos conjugês e companheiros sobreviventes. Por fim, na ausência de descendentes, ascendentes e companheiro chegaremos a última classe, que a dos colaterais, nos termos do inciso IV.

Seguindo a linha da presunção de afeto e de vontade do falecido, o Código Civil criou, ainda, dentre os herdeiros legítimos, uma “categoria” ainda mais importante, que são os chamados herdeiros necessários. No caso destes, ainda que o falecido tenha deixado testamento, lhes é garantido metade de todos os bens deixados pelo *de cujus*.

Muito embora todos tenham liberdade de testar para decidir o destino de seu patrimônio após a sua morte, esta não é uma liberdade absoluta. Todo aquele que possui herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge) não pode dispor da totalidade de seu patrimônio, mas, somente, de cinquenta por cento deste, uma vez que a outra metade já é garantida a estes herdeiros, independentemente da vontade do falecido.

A simples existência de herdeiros legítimos, como irmãos, por exemplo, não impede que o testador disponha de todos os seus bens. Entretanto, havendo, dentre os herdeiros legítimos, herdeiros necessários, a disposição dos bens ficará limitada.

Os herdeiros que podem ser privados por completo da herança, como é o caso dos irmãos, acima mencionados, são os chamados “herdeiros facultativos”. Maria Berenice Dias<sup>19</sup> explica a diferença entre estes e os herdeiros necessários:

Os parentes mais distantes são incluídos no rol dos herdeiros **facultativos**, pois

---

<sup>19</sup> DIAS, op. Cit. p. 113.

podem ser privados da herança. Este é o critério que serve para dividir a sucessão legítima em necessária e facultativa. Quando o autor da herança é casado, tem descendentes ou ascendentes, necessariamente a metade de seu patrimônio a eles se destina, por isso: **sucessão necessária**, pois decorre da existência de herdeiros necessários. É facultativa a sucessão quando o *de cujus*, ao morrer, vivia em união estável ou tinha somente parentes colaterais de segundo, terceiro ou quarto grau: irmãos, sobrinhos, sobrinhos netos, tios-avós ou primos. Todos têm legitimidade para herdar, daí sucessão legítima. Mas só herdam se o falecido não tinha herdeiros necessários, ou se ele não destinou todo o patrimônio aos herdeiros testamentários. O testador pode afastar os herdeiros facultativos da sucessão imotivadamente ou dispor de seus bens sem os contemplar.

É o artigo 1.845 do Código Civil que determina quem são estes herdeiros necessários, acompanhado pelo artigo 1.846, do mesmo diploma legal, que garante a estes metade da herança deixada pelo falecido, conhecida como legítima:

Art. 1845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Como se pode observar, os herdeiros necessários já possuem parte da herança de pleno direito. Não é possível, por simples vontade do testador, impedir o recebimento da herança pelo grupo de herdeiros elencados no art. 1.845. O Código Civil buscou proteger esta categoria de herdeiros, entendendo que eles são merecedores de parte da herança, ainda que o testador deseje deixar uma parte de seus bens para outros beneficiários.

Sendo assim, estes, também chamados de herdeiros legitimários ou reservatários, somente poderão ser afastados da sucessão em caso de renúncia, deserdação ou indignidade. O primeiro trata-se de afastamento da sucessão por vontade própria do herdeiro. Já os últimos, são as duas formas existentes de exclusão sucessória do direito brasileiro, que serão vistas no capítulo seguinte.

### 3. FORMAS DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme tratado anteriormente, a herança transmite-se aos herdeiros no momento em que há a morte do seu titular, quando há a abertura da sucessão. Essa transferência da herança acontece de forma automática e independente de qualquer manifestação de vontade por parte dos herdeiros. Todavia, posteriormente, há a possibilidade de os herdeiros renunciarem a herança por vontade própria, abrindo mão do que lhe seria destinado.

O afastamento do direito sucessório, contudo, não ocorre apenas quando há a livre manifestação de vontade do herdeiro. Há também a possibilidade de exclusão dos herdeiros, independente de sua vontade, por conta de razões de ordens éticas. Há aqui a extinção dos direitos dos herdeiros com uma natureza punitiva.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal<sup>20</sup>, as condutas ensejadoras de extinção dos direitos hereditários são aquelas “ignóbeis praticadas em detrimento do autor da herança e que podem, por conta do grau de reprovação jurídica, propiciar a exclusão do herdeiro ou legatário do âmbito sucessório, privando o recebimento a partir de um juízo de razoabilidade e de justiça distributiva”.

Há duas formas de excluir um herdeiro necessário da sucessão no direito brasileiro: por indignidade ou por deserdação. Ambas são formas de punição ao herdeiro que, de alguma forma, cometeu faltas em relação ao autor da herança. Nesse sentido, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira<sup>21</sup> asseveram que as duas formas de exclusão dos herdeiros tem como objetivo penalizá-los por terem conduzido de forma injusta contra o falecido de modo a merecer reprimenda, tanto de forma moral quanto legal.

A origem da exclusão da herança por deserdação e indignidade é verificada desde o século XII antes de Cristo, no código de Manu, que, por conta da época, era diretamente influenciado pela religião. Tal código protegia o regime das castas sociais, autorizava o afastamento da herança do filho nascido da relação entre mulher e o seu cunhado ou outro

---

<sup>20</sup> FARIAS; ROSENVALD, op.cit. p. 147.

<sup>21</sup> AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventário e Partilha: Sucessões**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41.

parente, sendo considerado impróprio para herdar e nascido em vão.<sup>22</sup>

No Brasil, a primeira vez que os institutos foram tratados como causa de exclusão dos herdeiros foi no Código Civil de 1916, influenciado pelo modelo lusitano previsto nos Códigos da Itália, do Chile e do Peru.

No que se refere à natureza jurídica, prevalece o entendimento de que os institutos da deserdação e da indignidade são penas de natureza civil contempladas em lei. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves<sup>23</sup> apresentam de forma completa a controvérsia:

Tanto na doutrina brasileira, quanto entre os estudiosos alienígenas, reina um tranquilo e absoluto consenso de que a indignidade e a deserdação constituem uma sanção civil, uma pena de natureza cível, aplicada àquele que se comportou mal em relação ao autor da herança, impondo como consequência a perda do direito subjetivo de receber o patrimônio transferido pelo passamento do titular. As obras específicas sobre a matéria confluem no sentido de reconhecer esse caráter punitivo da indignidade. Carlos Eduardo Minozzo Poletto afirma serem sanções civis por imporem "a perda de um direito subjetivo (o de suceder mortis causa)", de eficácia "privada porque, além de estar inserida na codificação civil, atua unicamente no âmbito da relação patrimonial, sem acarretar, por si, implicações penais". Disso não discrepa Salomão de Araújo Cateb, para quem os institutos caracterizam uma verdadeira "pecha em que incorre" o sucessor, fazendo-o perder o havido. No mesmo passo, Marcelo Fortes Barbosa Filho explica que são sanções civis que recaem "sobre todo aquele que perpetrar atos ofensivos" ao autor da herança. Perlustrando o caminho apresentado, dúvida inexistente de que a indignidade e a deserdação são, realmente, penas de natureza civil, contempladas em lei - resguardando o princípio da reserva legal (*nullo crimen, nulla poena, sine previa lege*) -, tendentes a impedir o recolhimento do patrimônio do falecido por quem se comportou ofensivamente contra ele.

Observa-se, contudo, que, em que pese ambos tenham a mesma origem histórica e a mesma natureza jurídica, qual seja, causas de exclusão do herdeiro por conta de uma conduta negativa em relação ao falecido, os institutos não se confundem.

A primeira diferença importante reside no fato de que enquanto a indignidade tem um alcance mais amplo, ou seja, abrange todos os herdeiros, independente de serem legítimos, necessários, facultativos, testamentários ou legatários, na deserdação o alcance é mais restrito, podendo ser determinada apenas por testamento, por meio de declaração fundamentada e expressa das causas que detém o testador para excluir os herdeiros da herança.

---

<sup>22</sup> FARIAS; ROSENVALD, op.cit. p. 147.

<sup>23</sup> FARIAS; ROSENVALD, op.cit. p. 150.



Uma segunda diferença diz respeito às causas que dão efeito a indignidade e a deserdação. A princípio, as causas para os dois institutos são praticamente as mesmas, todavia, as hipóteses ensejadoras de deserdação são mais amplas que na indignidade. Os pressupostos que autorizam a primeira englobam todos os que ocasionam a indignidade, além de incluir outros.

A terceira importante diferença diz respeito à forma como são requeridas as exclusões pelos dois institutos. No que se refere à deserdação, esta deve ser requerida em testamento, pelo próprio autor da herança, que deverá fazer constar expressamente as razões que o fizeram desejar a deserdação de determinado herdeiro. Já a indignidade deverá ser requerida por meio do ajuizamento de ação declaratória de indignidade, que poderá ser proposta, após a morte do sucedido, por qualquer interessado na sucessão.

Podemos concluir, portanto, que se um herdeiro legítimo colateral comete qualquer falta contra o autor da herança, este pode simplesmente afastá-lo da herança por testamento. E, quando falamos em “qualquer falta”, estamos falando de qualquer ação ou, até mesmo, omissão do herdeiro, podendo ser algo pequeno, sem qualquer relevância ou gravidade, até algo extremamente relevante e grave. O sucedido não precisa apresentar qualquer justificativa para testar este afastamento, basta que assim queira fazer.

Por outro lado, tratando-se de herdeiro legítimo necessário, como já visto, não é tão simples assim. Não há como realizar a exclusão por simples vontade do testador. Para que possa ser afastado da herança, o herdeiro necessário precisa ter cometido uma das faltas previstas em lei, que autorizam a sua exclusão da sucessão, seja por indignidade ou por deserdação.

Ademais, nos casos em que o herdeiro legítimo colateral não for afastado da sucessão pelo autor da herança, este ainda poderá ser excluído da sucessão, mas, para isso, é necessário que tenha praticado uma das ações ou omissões previstas em lei, seguindo o que foi mencionado acima.

O mesmo raciocínio vale para os herdeiros testamentários, que foram instituídos

herdeiros por testamento. Também é possível que estes herdeiros sejam excluídos da sucessão, desde que suas ações ou omissões se enquadrem nas hipóteses legais de exclusão sucessória, assim como nos casos anteriores.

Flávio Tartuce<sup>24</sup> explica:

Existem situações previstas em lei, somadas ou não a ato de última vontade do autor da herança, em que é excluído o direito sucessório do herdeiro ou legatário. Nesse contexto surgem os conceitos de indignidade sucessória e deserdação como penas civis. Como alerta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, não se pode confundir a falta de legitimação para suceder com a exclusão por indignidade e a deserdação. Isso porque no primeiro caso há um afastamento do direito por *razão de ordem objetiva*. Por outra via, na indignidade e na deserdação há uma *razão subjetiva* de afastamento, uma vez que o herdeiro é considerado como *desprovido de moral* para receber a herança, diante de uma infeliz atitude praticada.

Nas palavras de Maria Berenice Dias<sup>25</sup>:

O afastamento do direito sucessório não ocorre exclusivamente por desejo do herdeiro. É possível ser imposta judicialmente. Tanto herdeiros como legatários podem ser excluídos da sucessão por razões de ordem **ética**. Trata-se da perda de direito com natureza punitiva. Dois institutos preveem tal possibilidade: a indignidade e a deserdação. Ambas são formas de penalizar o herdeiro que se conduziu de forma injusta contra o autor da herança de modo a merecer reprimenda, tanto do ponto de vista moral como legal. No entanto, são institutos que não se confundem, apesar da quase identidade de motivos e a consequência ser a mesma: a exclusão do herdeiro.

Um pouco mais à frente, no capítulo seguinte de sua obra, Maria Berenice<sup>26</sup> continua explicando a razão da existência destes dois institutos do direito sucessório:

Cada vez mais se prestigia a dignidade da pessoa humana, princípio maior da Constituição Federal. Assim, por elementar razão de ordem ética, quem desrespeita a dignidade do outro merece ser punido. Quando a afronta ocorre entre pessoas que têm vínculo familiar e afetivo tão estreito, a ponto de ser um herdeiro do outro, a forma encontrada pela lei para inibir tais ações é de natureza patrimonial. Simplesmente é subtraído o direito à herança. Duas modalidades podem levar herdeiros a serem excluídos da sucessão: a indignidade e a deserdação. Ambas precisam ser declaradas judicialmente, as consequências são idênticas e o prazo de prescrição é igual: quatro anos. As causas são praticamente as mesmas, apesar de haver um leque maior de possibilidades para a deserdação. Porém, nada permite confundir os dois institutos.

---

<sup>24</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 1510.

<sup>25</sup> DIAS, op. Cit. p. 294.

<sup>26</sup> Ibidem. p. 301.

Nota-se que o pilar para a criação e aplicação destes dois institutos de exclusão sucessória é o princípio da dignidade da pessoa humana, o mais importante dos princípios constitucionais, que norteia todos os ramos do Direito.

Não se pode permitir que a violação de um princípio tão importante não gere consequências e sanções para o violador. É exatamente para isso, para que haja punição para a violação desta máxima do Direito Constitucional, de um princípio de extrema importância para todo e qualquer indivíduo, que existem os institutos da indignidade e da deserção.

### **3.1. Indignidade**

A exclusão da sucessão por indignidade ocorre por meio de sentença (art. 1.815 do Código Civil). É necessário que o interessado na sucessão ajuíze ação em face do sucessor, alegando ter este cometido uma das faltas previstas no art. 1.814 do Código Civil. Vejamos a redação dos artigos mencionados:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

Parágrafo único. O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

§ 1º O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

§ 2º Na hipótese do inciso I do art. 1.814, o Ministério Público tem legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário.

Observa-se que são poucas as causas de exclusão por indignidade previstas em lei. São apenas três hipóteses, previstas em três incisos. Com isso, muitas outras faltas cometidas contra o autor da herança ficam de fora das possibilidades de declaração de indignidade, o que acaba levando a uma discussão, que será vista mais adiante, sobre a taxatividade deste rol e a possibilidade de exclusão por indignidade no caso de outras hipóteses, não previstas nos incisos do artigo acima mencionado, uma vez que as previstas são bastante restritas.

Deixando esta discussão para o momento oportuno, cabe, no presente momento, entender o processo de declaração da indignidade.

Com o cometimento, por um dos herdeiros, de uma das faltas previstas no artigo supracitado, cabe ao indivíduo interessado pela sucessão o ajuizamento de ação declaratória de indignidade, devendo restar comprovado nos autos que o herdeiro acusado de indignidade realmente incorreu em uma das hipóteses legais.

Com o ajuizamento da ação e a apresentação das provas, o juiz irá analisar o pedido do autor, devendo verificar se o caso trata-se ou não de indignidade, decidindo pela exclusão ou não da sucessão daquele herdeiro.

Trata-se de punição extremamente severa, uma vez que o indivíduo será completamente excluído da herança, não podendo mais nada receber daquele quinhão. Logo, requer do juiz uma análise extremamente cautelosa.

Havendo sentença declaratória de indignidade, os efeitos serão retroativos, retroagindo até a data de abertura da sucessão. Assim, nos casos de sucessão legítima, o indigno será considerado como pré-morto, devendo ser sucedido, pelos seus descendentes, por direito de representação.

Entretanto, nos casos de sucessão testamentária, não haverá sucessão por direito de representação quando declarada a indignidade de um determinado herdeiro. Neste caso, os descendentes do indigno não terão direito de receber qualquer parte desta herança. Diferentemente do que ocorre com o herdeiro legítimo, que é considerado pré-morto, o herdeiro testamentário é considerado inexistente.

Moacir César Pena Jr.<sup>27</sup> esclarece:

O direito de representação dos descendentes justifica-se devido a serem pessoais os efeitos da exclusão, no entanto, só é reconhecido quando ocorre a sucessão legítima. No caso da sucessão testamentária (herdeiro testamentário ou legatário), inexistente o direito de representação, retornando o quinhão ao monte, sem que os filhos do indigno nada recebam. É como se o herdeiro excluído tivesse morrido antes do autor da herança; simplesmente não existisse. Em se tratando de legado,

---

<sup>27</sup> JR., op. Cit. p. 97.

este caducará se o legatário for excluído da sucessão, nos termos do art. 1.815, ou se o legatário falecer antes do testador (ar. 1.939, IV e V, Código Civil).

Com tudo isso, ainda que o herdeiro se enquadre em umas hipóteses previstas no art. 1.815 do Código Civil, há uma maneira de que este receba a herança. Trata-se do que a doutrina chama de “reabilitação do indigno”, com previsão no art. 1.818 do mesmo diploma legal:

Art. 1818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.

Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.

Resta claro que o artigo tem como objetivo priorizar a vontade do testador, quando este já conhecia a causa de indignidade e silenciou, ou seja, decidiu por não excluir o indivíduo que cometeu a falta contra ele da herança ou, ainda, quando expressamente manifestou a sua vontade pela não exclusão do indivíduo que incorreu em uma das hipóteses de exclusão.

Se o próprio autor da herança optou pela não exclusão do herdeiro, não seria a lei a determinar sua exclusão. Este é um caso claro de privilégio da manifestação de vontade do testador em detrimento de uma imposição legal.

Moacir César Pena Jr.<sup>28</sup>, sobre a reabilitação do indigno, leciona:

A reabilitação do indigno é o perdão concedido expressamente pelo ofendido por meio do testamento, fazendo-o retornar à herança. Ela ocorre de forma expressa, mediante testamento, ou em outro ato autêntico, como escritura pública, instrumento particular ou qualquer outro documento oficial. Na falta da reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária (arts. 1.818 e 1.814, Código Civil). O ato do testador não deve ser interpretado como perdão tácito ou presumido, pois este inexistente (...). O indigno continua excluído da sucessão legítima, mas com direito de receber, com o óbito do autor da herança, o quinhão que lhe foi destinado em testamento. O ato de reabilitação, uma vez concedido o perdão, é irrevogável, sendo, porém, passível de anulação, se ocorrer vício de consentimento (por erro, dolo ou coação).”

Portanto, podemos concluir, que, embora o sucessor tenha sido reconhecido indigno, ainda haverá chances de recebimento da herança, desde que o perdão não emane de ato

---

<sup>28</sup> Ibidem. p. 99.

vicioso.

### 3.2. Deserdação

Diferentemente da indignidade, a deserdação é requerida em testamento, pelo próprio autor da herança. Prevê o Código Civil:

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.

Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.

Conforme estabelecido pelo art.1.961, acima transcrito, a deserdação é autorizada nas mesmas hipóteses da indignidade e, ainda, nas hipóteses previstas nos artigos. 1.962 e 1.963 do Código Civil, sendo o primeiro artigo para os casos de deserdação dos descendentes pelos ascendentes e, o segundo, para os casos de deserdação dos ascendentes pelos descendentes.

A deserdação é o instituto utilizado para exclusão dos herdeiros necessários. Somente o autor da herança pode deserdar alguém. Aqui, não há possibilidade de que outra pessoa, ainda que interessada na sucessão, ajuíze ação requerendo a deserdação de determinado herdeiro. Apenas o testador pode fazê-lo. E, para isso, é necessário que a decisão seja motivada por uma das hipóteses previstas nos artigos já mencionados.

Maria Berenice Dias<sup>29</sup> elucida:

---

<sup>29</sup> DIAS, op. Cit. p. 318.

A deserdação guarda semelhança com a indignidade, mas não dá para confundir os dois institutos. Enquanto a indignidade depende da iniciativa dos **herdeiros**, para a deserdação é necessária manifestação do *de cujus* por meio de **testamento**. Por isso a deserdação só pode decorrer de atos praticados durante a vida do autor da herança. Já a indignidade pode resultar da prática de atos posteriores à morte do testador.

Todos os herdeiros que integram a ordem de vocação hereditária podem ser declarados indignos, mas exclusivamente os herdeiros necessários estão sujeitos à deserdação. Privar os **herdeiros legítimos** da herança não é deserdá-los, pois o testador não precisa indicar qualquer causa para afastá-los da sucessão. Basta simplesmente afirmar que os exclui da sucessão ou destinar a totalidade de seu patrimônio aos herdeiros testamentários (CC 1.850).

Apesar de a deserdação ser declarada em testamento, por tratar-se de algo excepcional e, até mesmo, de punição bastante severa, não basta somente a declaração do testador para que a deserdação ocorra. Após a abertura do testamento, na hipótese de estar ali declarada a deserdação de um dos herdeiros, será necessária comprovação em juízo das causas que motivaram o desejo do testador de deserdar.

Restando comprovada a veracidade dos motivos alegados, a deserdação será ratificada e aplicada. Entretanto, se o juiz entender que não restaram comprovadas as razões para a deserdação, esta não poderá ocorrer, se tornando ineficaz a sua disposição em testamento.

Sobre os aspectos processuais, Maria Berenice Dias <sup>30</sup>continua:

Apresentado o testamento a juízo, efetuado o seu registro, o juiz determina o arquivamento e seu cumprimento (CPC 1.126).

A **ação de deserdação** é pessoal, não se sujeitando ao juízo do inventário. Também não pode ser proposta nos mesmos autos.

A ação de deserdação deve ser instruída com a certidão do testamento. A ausência do testamento autoriza a extinção do processo (CPC 267 VI). A ação tem eficácia **declaratória** e produz **efeito retroativo** a partir da abertura da sucessão. Simples procedimento de justificativa não serve.

.Dispõem de **legitimidade ativa** para a demanda os demais herdeiros e quem irá se beneficiar com a exclusão do deserdado. Não se pode excluir a possibilidade de a ação ser proposta pelo **inventariante**, bem como pelo **cônjuge** ou **compaheiro** sobreviventes. Também **onerado** (CC 1.934, parágrafo único), o **testamenteiro** e o **Ministério Público** podem propô-la, pois ambos têm o dever de zelar pelo cumprimento do testamento, onde se encontra a manifestação de vontade do testador de deserdar um herdeiro. É do autor o encargo de provar a veracidade da causa da deserdação, pois a motivação do testador precisa ser comprovada (CC 1.965).

Vale ressaltar que, diferentemente da indignidade, não há possibilidade de perdão nos casos de deserdação. Isso se deve a uma razão bastante lógica: se o próprio autor da herança

---

<sup>30</sup> Ibidem. p. 327.

é quem manifesta a sua vontade em deserdar determinado herdeiro, não há razão para se considerar uma reconciliação sem que haja expressa manifestação de vontade do autor da herança neste sentido, em testamento posterior. Ou seja, para que a deserdação outrora testada seja afastada, é necessário que o autor da herança faça outro testamento, revogando expressamente a deserdação requerida anteriormente. Não há outra forma de perdão se não esta.

### **3.2.1. Hipóteses de deserdação**

Como a deserdação é objeto do presente trabalho, vale analisar cada hipótese prevista em lei para a sua declaração.

Como já visto, além das causas próprias de exclusão por deserdação, esta também poderá ser declarada pelas hipóteses previstas para a exclusão por indignidade, quais sejam: quando o herdeiro houver sido autor, co-autor ou partícipe de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, quando houver acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro e, ainda, quando, por violência ou meios fraudulentos, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Entretanto, estas não são objeto deste trabalho, mas sim as hipóteses exclusivas da deserdação, que, da mesma forma que ocorre com a indignidade, geram uma discussão sobre a limitação a estas hipóteses previstas em lei, criando questionamentos referentes à taxatividade deste rol, mas que serão vistos um pouco mais à frente, em capítulo próprio.

O Código Civil separou em dois artigos as causas de deserdação: um com os casos de deserdação dos descendentes pelos ascendentes e outro com os casos de deserdação dos ascendentes pelos descendentes. Vejamos primeiro as causas comuns aos dois, que são: ofensa física e injúria grave.

Maria Berenice Dias<sup>31</sup> explica com bastante clareza estas duas hipóteses:

---

<sup>31</sup> Ibidem. p. 322.



**Ofensa física** (CC 1.962 I e 1.963 I) – Como a lei fala em “ofensa”, corresponde ao delito de **lesão corporal** (CP 129). Desimporta a intensidade da lesão e nem precisa haver ferimento. Não é necessária sequer a instauração de inquérito policial e muito menos condenação. A lei não fala em “crime”, que pressupõe que o réu tenha sido condenado. De qualquer forma, a ação precisa ser **dolosa**. O agir nas modalidades de imprudência, imperícia ou negligência não leva à deserdação. A ofensa física que autoriza a deserdação é entre descendente e ascendente. A agressão, ainda que gravíssima, praticada contra outros familiares do autor da herança, não permite a deserdação.

**Injúria grave** (CC 1.962 II e 1.963 II) – É expressão que não tem correspondência na lei penal como infração autônoma. O que existe é o delito **contra a honra** denominado injúria (CP 140): *Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro*. As formas qualificadas decorrem do emprego de meio aviltante ou da utilização de elementos discriminatórios referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou ainda da condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (CP 140 §§ 2.º e 3.º). Ou seja, a injúria grave prevista na lei civil não remete à prática de delito constante do Código Penal.

De qualquer forma, injúria grave é a ofensa capaz de afetar a honra, a reputação, a dignidade do testador, levada a efeito por escrito, verbalmente, por meio da internet ou quaisquer outras formas de comunicação. Em suma, é uma hipótese mais de ingratidão, de desumanidade, de desconsideração.

Superadas as hipóteses comuns a deserdação dos descendentes e dos ascendentes, cumpre analisar as hipóteses específicas de cada um dos dois casos.

Seguindo a ordem estabelecida pelo Código Civil, o art. 1.962 estabelece as hipóteses de deserdação dos descendentes por seus ascendentes, sendo os dois últimos incisos as hipóteses específicas. Estes autorizam a deserdação quando os descendentes tiverem relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto e, ainda, quando os descendentes desampararem o ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

A primeira hipótese claramente se refere a casos de relação sexual, muito embora o legislador tenha preferido utilizar a expressão “relações ilícitas”. Se o filho ou a filha do testador, em algum momento, tiver se relacionado sexualmente com o cônjuge ou companheiro(a) deste, o autor da herança poderá testar pela deserdação do descendente que tiver cometido este ato.

Já a segunda hipótese mencionada, prevê a possibilidade de deserdação dos filhos ou, na ausência destes, dos netos, que desamparem os pais ou avós em alienação mental ou grave enfermidade. A lei não prevê a deserdação nos casos de abandono de ascendentes “saudáveis”, ainda que este abandono os faça passar por severas necessidades. Com isso,

novamente caímos na questão da taxatividade do rol.

Além disso, outra crítica é levantada. Nos casos em que os ascendentes sofrerem de alienação mental, estes ficarão impossibilitados de testar, uma vez que a capacidade é requisito essencial para a realização do testamento. Logo, não haverá como deserdar este herdeiro que o tiver abandonado e, muito menos, poderá ele ser excluído por indignidade, tendo em vista que esta hipótese de exclusão não está prevista no rol do art. 1.814 do Código Civil. Ou seja, esta parte do inciso acaba tornando-se inaplicável.

Em seguida, o art. 1.963 do referido diploma legal, vem, também em seus dois últimos incisos, estabelecer as hipóteses específicas de deserdação dos ascendentes pelos descendentes. São elas: relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou do neto, ou com o marido ou o companheiro da filha ou da neta e desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Em relação ao primeiro caso, Maria Berenice Dias<sup>32</sup> vai dizer que:

Só pode ser pudor da lei não usar a expressão **incesto**. As hipóteses referidas nada mais são do que relações incestuosas, **delitos contra a liberdade sexual** praticados no ambiente doméstico. Decifrando: o filho pode deserdar o pai que abusou sexualmente de sua mãe ou de sua companheira. Também a mãe pode ser deserdada se tiver a mesma postura em relação ao genro. Netos podem deserdar avós que assim tenham agido contra seus cônjuges ou compaheiros. Claro que abusos homossexuais também levam à deserdação.

Em suma, a doutrina entende que a expressão “relações ilícitas” refere-se ao envolvimento afetivo e sexual entre as pessoas elencadas no artigo. Embora a autora, no trecho acima, tenha citado o abuso sexual, nem sempre o caso será de abuso, mas, não raras vezes, irá ser algo consentido, algo acordado e de vontade das duas partes envolvidas, o que também dará ao autor da herança o direito de testar pela deserdação.

Por fim, como objeto principal do presente trabalho, temos a hipótese elencada no inciso IV do art. 1.963, que é a da possibilidade de se testar pela deserdação em decorrência do desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

---

<sup>32</sup> Ibidem. p. 324.

Assim como mencionado na abordagem do inciso IV do art. 1.962, temos aqui um problema na aplicabilidade de parte deste inciso. Isso porque, embora haja previsão de deserdação em caso de desamparo de filho ou neto com deficiência mental, conforme já falado, a capacidade é requisito essencial para elaboração de testamento. Ora, se o descendente desamparado for portador de deficiência mental, como poderá testar pela deserdação de seu ascendente?

Ainda, outro problema diz respeito ao fato de apenas poderem ser deserdados os ascendentes que abandonarem descendentes com deficiência mental ou grave enfermidade, não havendo penalidade para o desamparo de filhos “saudáveis”.

Nota-se que o inciso ignorou por completo todos os deveres instituídos na Constituição Federal concernentes às obrigações dos pais em relação aos filhos, focando somente nos filhos que possuem certas limitações. Entretanto, como este problema é consequência da taxatividade do rol dos artigos mencionados, deixemos para analisá-lo no capítulo seguinte.

#### 4. A TAXATIVIDADE E A RIGIDEZ IMPOSTAS PELO LEGISLADOR

No capítulo anterior, quando analisamos as hipóteses de aplicação dos institutos da indignidade e da deserção, vimos que, em algumas delas, o legislador limitou a possibilidade de exclusão da sucessão, gerando críticas e questionamentos quanto a taxatividade do rol.

No caso da indignidade, a discussão não giraria em torno de um inciso específico, mas sim de todos eles, de maneira geral. É que, como o art. 1.814 do Código Civil somente estabeleça três hipóteses para a exclusão sucessória por indignidade, poderia haver o questionamento de se aquele rol seria taxativo ou exemplificativo.

Será que não seria possível ajuizar ação declaratória de indignidade por motivos semelhantes aos elencados no rol do referido artigo? Ou será que o legislador, ao criar o rol, teve a intenção de taxar somente aquelas hipóteses, tornando o rol extremamente rígido?

Entende-se por rol taxativo, também conhecido por *numerus clausus*, aquele em que as hipóteses são taxadas, como o próprio nome já sugere, ou seja, o legislador cria um rol rígido, “fechado”, não permitindo interpretação analógica para aquelas hipóteses não previstas em lei.

Trata-se de um rol que não pode ser modificado ou ampliado pelo entendimento da doutrina ou pela jurisprudência, somente podendo ser alterado por modificação legal.

Já o rol exemplificativo, ou *numerus apertus*, é o oposto do primeiro. Nesse caso o legislador cria um rol com hipóteses exemplificativas, que dão uma direção, mostram a sua intenção ao criar determinado artigo. Aqui, é possível expandir as hipóteses previstas em lei, desde que sigam a mesma linha já determinada pelo legislador.

Assim, o rol exemplificativo é “aberto”, permitindo a criação de novas hipóteses pela doutrina e pela jurisprudência. É um rol flexível, fácil de ser ajustado às mudanças que ocorrem diariamente na sociedade e, conseqüentemente, no mundo jurídico. É um rol que se permite estar sempre atual, fornecendo soluções às mais variadas circunstâncias, uma vez

que possibilita essa interpretação extensiva.

No caso da indignidade, não há controvérsias na doutrina. Todos entendem que o rol de indignidade é sim taxativo, não dando margens a interpretações extensivas, uma vez que as hipóteses de exclusão elencadas no referido rol se referem a tipos penais, ou seja, condutas puníveis no âmbito criminal, onde não se admite analogia em desfavor do acusado, daquele que cometeu tal conduta, sendo este princípio básico do Direito Penal.

Maria Berenice Dias<sup>33</sup> explica:

[...] É uníssona a doutrina em reconhecer como **taxativa** a enumeração legal, constituindo *numerus clausus*, de modo a não ser possível identificar fatos outros como indignos. Neste sentido a jurisprudência do STJ. O fundamento para esta interpretação restritiva é porque as condutas que levam à exclusão do direito sucessório são tipificadas no âmbito do direito penal, onde vigora o princípio de proibição da analogia *in malam parte*, ou seja, contra o autor do delito. Para Giselda Hironaka, se é impossível a extensão analógica para abarcar outras condutas como configuradoras do delito, no âmbito civil tal prática também é descabida.

Entretanto, em que pese haja unanimidade entre os doutrinadores quanto à taxatividade do rol, estes entendem que alguns outros atos praticados pelo sucessor são capazes de configurar sim a indignidade. É que, algumas hipóteses, ainda que não descritas no art. 1.814 do Código Civil, justificariam a exclusão da sucessão, como aquelas hipóteses em que o sucessor restringe a liberdade de testamento do autor da herança, por exemplo. Nesse caso, por não se tratar de conduta punível no âmbito penal, não haveria a restrição do princípio da vedação da analogia em prejuízo do autor do ato. Nesse sentido, Maria Berenice Dias<sup>34</sup> continua:

[...] No entanto, a natureza do instituto da indignidade, de acentuado conteúdo ético, não permite interpretação tão limitativa. A própria doutrina que sustenta a impossibilidade de outras causas configurarem indignidade, reconhece que o induzimento ao suicídio, a eutanásia e o infanticídio, por exemplo, justificam a exclusão. Da mesma forma, ocultar ou romper o testamento também são identificadas como restrições à liberdade de testar que podem levar à indignidade. Esta linha de sustentação nada mais é do que a ampliação das hipóteses legais. Ao depois, ainda que as condutas indignas configurem práticas delitivas, não se está em sede de direito penal, nada justificando a aplicação do princípio que proíbe analogia contra o réu.

---

<sup>33</sup> Ibidem. p. 305.

<sup>34</sup> Ibidem. p. 306.

Quanto à indignidade, não cabe aqui análise mais profunda, uma vez que esta não é objeto do presente trabalho. Entretanto, não se poderia deixar de citá-la e, ao menos, entender, ainda que brevemente, como a doutrina compreende o rol do art. 1.814.

No que concerne à deserção, dois incisos, um do art. 1.962 e um do art. 1.963, ambos do Código Civil, chamam muita atenção para esta questão da taxatividade.

Mas, antes disso, cumpre esclarecer que, também aqui, é questionável a taxatividade do rol como um todo. Também é possível indagar se não seria viável aplicar o instituto da deserção em diversos outros casos, uma vez que o nosso mundo é extremamente dinâmico e cada vez mais surgem novas condutas repreensíveis, capazes de levar o testador ao desejo de deserdar.

Entretanto, os róis criados nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil também são taxativos, não permitindo interpretação extensiva por analogia. Esse é o entendimento da doutrina e da jurisprudência, assim como no caso da indignidade.

Como já mencionado, dois incisos, sendo um de cada um dos artigos mencionados, merecem uma atenção especial, uma vez que a taxatividade, nesses casos, acaba ignorando deveres constitucionais muito importantes.

O primeiro deles é o inciso IV do art. 1.962, que vai assegurar o direito de deserção aos ascendentes que sofrem de alienação mental ou grave enfermidade e são desamparados por seus descendentes.

O que se questiona aqui é o fato de somente ascendentes alienados mentalmente e gravemente enfermos não poderem ser abandonados por seus descendentes, ignorando-se a gravidade do desamparo dos pais e avós “saudáveis”, ou, até mesmo, dos levemente enfermos, uma vez que o artigo somente autoriza a deserção dos gravemente enfermos.

O desamparo, em qualquer situação, inclusive o afetivo, revela falta de amor, de cuidado, de proteção, de afeto. A falta de amparo, de qualquer espécie, fere a dignidade humana do desamparado, que é o que o ser humano tem de mais importante e mais valioso,

não devendo jamais ser violada, em qualquer hipótese.

Como as críticas e argumentos utilizados para este artigo são praticamente os mesmos utilizados para o inciso IV do art. 1.963, que é efetivamente o objeto do presente trabalho. Se passará a analisar esse inciso, as críticas e entendimentos à ele competentes, entendendo que, em sua maioria, esses também podem ser aplicados ao inciso IV do art. 1.962.

Como visto anteriormente, o art. 1.963, em seu inciso IV, prevê a possibilidade de deserção dos ascendentes pelos descendentes portadores de deficiência mental ou grave enfermidade que forem desamparados por aqueles.

Seguindo a mesma linha do artigo anterior, o legislador somente permitiu que o desamparo de filhos e netos, por seus pais e avós, fosse punido nos casos em que os autores da herança sofrerem deficiência mental ou possuírem doença grave.

Ocorre que, a gravidade do desamparo vai muito além dos casos previstos no mencionado inciso. Ao limitar a possibilidade de deserção a esses dois casos, o legislador desprezou princípios e deveres importantíssimos instituídos na Carta Magna.

É por isso que, apesar de majoritariamente o rol ser considerado como taxativo, da mesma forma que acontece com o rol da indignidade, há sim o que se questionar. A rigidez criada pelo legislador não é benéfica, mas, ao contrário, acaba fazendo com que pais e avós não sejam punidos ao cometerem faltas tão graves como as já previstas no artigo, uma vez que o desamparo, independentemente da condição do desamparado, é algo extremamente inaceitável.

Como base de todo o nosso ordenamento jurídico, temos o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que é a máxima do Direito Brasileiro, o princípio que deve nortear todas as outras normas e regras do sistema legal.

Levando em consideração a profundidade desse princípio e tudo o que ele revela, é impossível pensar que o desamparo de filhos e netos, ainda que em perfeito estado de saúde

e condições mentais, não vá diretamente ao seu encontro.

Entender que apenas os descendentes com limitações não podem ser desamparados, é esquecer que os descendentes completamente saudáveis também possuem dignidade, também devem ser cuidados, protegidos e assistidos por seus pais. E quando a expressão “devem” é utilizada, é realmente porque isto é um dever constitucional, é uma obrigação criada e estabelecida em nossa Constituição Federal, que, obviamente, decorre do princípio mencionado, que é o dever de assistência aos filhos, além da criação e educação destes, previsto no art. 229 da CF/88, *in verbis*:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O artigo acima transcrito cria para os pais a obrigação de assistência, criação e educação dos filhos, sem restringir estas obrigações aos filhos portadores de qualquer enfermidade ou deficiência. O dever dos pais é em relação a todos os filhos, independentemente de qualquer limitação que estes venham a ter.

O legislador não foi feliz ao restringir as hipóteses de deserdação desta forma, desconsiderando por completo este dever constitucional e tantos outros princípios instaurados pelo legislador constituinte.

Ora, se a própria Constituição não faz distinção ao impor esta obrigação, não poderia o Código Civil, norma hierarquicamente inferior aquela, estabelecer essa diferença, deixando de criar a possibilidade de punição aos ascendentes que desamparam seus filhos e netos em perfeitas condições de saúde.

Ao ser considerado como rol taxativo, diversos filhos e netos ficam impossibilitados de excluírem da sucessão aqueles que os desamparam, fazendo com que, após a morte, estes tenham direito garantido de recebimento da herança.

Maria Berenice Dias<sup>35</sup> critica, de forma geral, esta rigidez, referindo-se a todos os incisos:

---

<sup>35</sup> Ibidem. p. 321.



Cabe mais uma vez destacar a absurda limitação das causas de deserdação à nominata legal. Nitidamente acanhado o elenco, deixando de admitir a possibilidade de outras práticas tão ou mais severas levarem à exclusão do herdeiro. Não adianta, mesmo assim a doutrina é uníssona em limitar a deserdação às hipóteses previstas na lei, mesmo reconhecendo que há outras causas que dariam guarida à exclusão. Ora, como a deserdação depende de reconhecimento judicial, descabida a tentativa legal de prever todas as posturas que autorizam a deserdação. Ao deops, é exigida prova cabal da causa que ensejou a exclusão do herdeiro. Melhor seria deixar ao arbítrio do juiz decidir se o motivo alegado pelo testador foi tão reprovável que justifica ser o herdeiro alijado da herança. A perversidade humana vai muito além da imaginação do legislador.

O que a autora sugere, ao dizer que seria melhor se o juiz pudesse definir o que pode ser causa de deserdação e o que não pode, seria uma solução para o problema aqui discutido, uma vez que o juiz teria que utilizar os princípios e deveres constitucionais para embasar suas decisões.

Se o rol fosse somente exemplificativo, e não taxativo, o juiz teria liberdade, de acordo com o caso concreto, para decidir as causas de deserdação, podendo evoluir de acordo com a evolução da sociedade e do sistema normativo. A rigidez do rol acaba criando um estado de estagnação, deixando, principalmente o juiz, sem ter o que fazer, ainda que ele entenda que naquele caso claramente caberia a aplicação do instituto da deserdação.

Com o passar dos anos, cada vez mais tem se falado em abandono afetivo e nas consequências que isso traz ao indivíduo abandonado. Entretanto, com a taxatividade do rol, como esta não é uma das causas previstas, acaba não podendo ser aplicada com facilidade.

Ora, se um pai abandonar afetivamente o seu filho durante toda a vida, mas esse filho não possuir deficiência mental ou grave enfermidade, na hipótese da morte do descendente, sem filhos, ocorrer primeiro, seu ascendente irá herdar o quinhão que lhe for de direito, ainda que esta não fosse a vontade do filho, porque, como já visto, os ascendentes são herdeiros necessários e são os segundos na ordem de vocação hereditária.

O legislador, ainda que não propositalmente, deu mais importância ao amparo em um único momento da vida do que ao amparo afetivo de uma vida inteira. Ainda que os pais ou avós não dêem assistência durante toda a vida de seus filhos e netos, não criem, não eduquem, não dêem amor e afeto, poderão receber a herança.

Como visto anteriormente, a ordem de vocação hereditária foi criada pelo legislador com base em uma presunção de vontade do autor da herança. O legislador se baseou na proximidade de parentesco para criar a ordem de recebimento da herança. Entretanto, o legislador não pensou nos casos de abandono, deixando de dar o direito de escolha aos indivíduos que forem abandonados.

Quando se fala de abandono deve-se entender que é algo muito mais profundo do que apenas a ausência de presença física, por isso fala-se tanto no abandono afetivo.

Existem casos em que os pais abandonam os seus filhos fisicamente, somem de suas vidas e, conseqüentemente, acabam nunca fazendo parte delas. Esse tipo de abandono, por mais óbvio e fácil de comprovar que seja, também não é causa de deserção, o legislador não foi capaz de pensar que isso poderia acontecer e que, quando acontece, a tendência é que esse filho abandonado não queira dar direito de recebimento de herança aos seus pais.

Mas, além deste, temos o abandono afetivo, que pode ser uma consequência do abandono físico, mas, também, pode ser algo independente daquele, ocorrendo ainda que os pais estejam presentes fisicamente.

Neste segundo, os pais podem não ter saído da vida dos filhos de forma tão notória, mas, por mais que estejam ao seu lado fisicamente, não dão assistência, não criam, não educam, não dão amor e sequer atenção para eles.

Se o primeiro caso que é muito mais nítido e fácil de comprovação não está previsto no rol de deserção, é óbvio que este segundo também não estaria. Como já visto, embora o Código Civil seja recente, o legislador não aproveitou a oportunidade para inovar no direito sucessório, levando em consideração as mudanças de entendimento na sociedade e no mundo jurídico. Ao contrário, o legislador somente reproduziu o que já estava previsto no Código Civil de 1916.

A Constituição Federal é anterior ao Código Civil atualmente vigente. O dever de assistência dos pais aos filhos, previsto na Carta Magna, deveria ter sido levado em

consideração quando da elaboração deste diploma legal.

A ordem de vocação hereditária criada pelo legislador atenderia a todos em mundo perfeito, mas isso não passa de uma utopia. Para isso existem os instutos da indignidade e da deserdação, para que o autor da herança tenha a possibilidade de afastar da sucessão os herdeiros necessários, que são assim instituídos por lei.

Entretanto, com a taxatividade dos róis e a não previsibilidade do legislador de inúmeros outros casos possíveis de exclusão sucessória, inviabiliza-se a exclusão de herdeiros notariamente não merecedores de recebimento da herança. A rigidez criada pelo legisalador impede que o abando afetivo, algo que gera consequências tão severas para o abandonado, como se verá no próximo capítulo, seja punida com a exclusão da sucessão.

*A contrário sensu*, o autor da herança acaba sendo obrigado pelo legislador a beneficiar aqueles que o abandonaram, uma vez que não há como afastá-los da sucessão e, consequentemente, do direito ao recebimento da herança, que é dado a estes pelo próprio legislador, de forma obrigatória.

Não há como simplesmente presumir a vontade do autor da herança sem prever que inúmeras situações podem fazê-lo querer excluir um de seus herdeiros da sucessão. Não parece justo que tudo o que ele construiu ao longo da vida, sem qualquer apoio e assistência de seus pais, seja obrigatoriamente transferido para estes após a sua morte unicamente porque o legislador foi incapaz de antever que casos de abandono afetivo pudessem ocorrer.

Mas, infelizmente, não foi dada a devida importância ao abandono afetivo na parte de direito sucessório do Código Civil. Contudo, como se verá no capítulo a seguir, ainda que aos poucos, o abanono afetivo tem ganhado cada vez mais importância no mundo jurídico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

## 5. O ABANDONO AFETIVO E O DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA DOS PAIS

O afeto está relacionado ao amor, a afeição, ao cuidado que se tem com o outro. É muito mais do que um sentimento, mas é a demonstração, através de ações, dos sentimentos que se tem pelo próximo, é se importar e cuidar do outro.

Apesar de não estar previsto de forma expressa na legislação brasileira, é possível extrair o princípio da afetividade de diversos artigos, tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil. Ele decorre de diversos outros princípios, expressos no ordenamento jurídico, sendo tão importante quanto estes.

Flávio Tartuce<sup>36</sup> vai dizer que:

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão *afeto* do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. [...] A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial que permite a sua atual sustentação de *lege lata*.

Como já em capítulos anteriores, a Carta Magna tem como princípio maior a dignidade da pessoa humana, previsto em seu art. 1º, inciso III, sendo este o princípio que rege todo o ordenamento jurídico pátrio, servindo de base para a criação de todas as outras regras e normas, devendo ser observado por todas as áreas do direito brasileiro.

Por ser um princípio mais abstrato, há de ser interpretado de acordo com a realidade da sociedade e em cada caso concreto, levando em consideração o contexto social, sempre relacionado a todos os outros princípios, regras e normas previstas na legislação.

O artigo 227 da Constituição Federal, *in verbis*, prevê deveres a serem cumpridos pela família, pelo Estado e pela sociedade em relação às crianças, aos adolescentes e aos jovens, assegurando, entre eles, a dignidade:

---

<sup>36</sup> TARTUCE, op.cit. p. 1.193.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nota-se que todos os deveres impostos no artigo ora mencionado estão completamente relacionados à afetividade, uma vez que demonstram o cuidado que a família, a sociedade e o Estado devem ter com as crianças, adolescentes e jovens.

Assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade e a todos os outros direitos previstos no artigo e, ainda, aos que não estão previstos expressamente mas destes derivam, é prova de afeto, de cuidado, de preocupação e de proteção.

Para cumprir todos esses deveres impostos pela Constituição é preciso estar presente e na vida dos filhos. É muito mais do que apenas cumprir deveres, é a pura demonstração de afeto para com os descendentes, aqueles que precisam de todos os cuidados e de todo amparo durante a vida.

Mas a Constituição não para por aí. Logo após, o artigo 229 vem instituindo o dever de assistência, criação e educação dos filhos pelos pais. Mais uma vez a Carta Magna cria um dever colorido ao princípio da dignidade da pessoa humana, preocupando-se com a criação e o suporte que estes filhos terão, com o amparo que eles deverão receber de seus pais, para que possam ter a dignidade que lhes é assegurada pela Constituição, como princípio fundamental, a todos os indivíduos.

Claramente o mencionado dever constitucional também possui como base, além do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade. A assistência que deve ser prestada pelos pais deve abranger todas as áreas da vida do filho. Para que pais possam assistir seus filhos, devem estar e, mais do que estar, ser presentes. O abandono afetivo é causa da qual a não prestação de assistência aos filhos é consequência.

A partir do momento que um ascendente abandona afetivamente o seu descendente, aquele não terá cumprido com os deveres de assistência, criação e educação destes, violando

diretamente a dignidade do abandonado.

Nesta mesma linha, o Código Civil, no inciso II do artigo 1638, constitui como causa de perda do poder familiar a hipótese do pai ou da mãe deixarem o filho em abandono. O artigo não fala em abandono afetivo, mas apenas em abandono. O abandono físico dos filhos é realmente algo muito grave, é algo notório, todos podem ver que o abandono ocorreu. Não há dúvidas de que deve ser punido, tendo em vista as graves consequências que isso traz ao filho abandonado.

Entretanto, como visto anteriormente, de nada adianta a presença física dos pais, sem que estes cumpram com seus deveres familiares, garantindo aos filhos a dignidade que lhes é de direito e o afeto que lhes é merecido e que tanto desejam.

É completamente possível que os pais vivam com seus filhos na mesma casa, mas que não os assistam em nada. Mais do que possível, infelizmente isso é bem comum. Pais que não se importam com a criação e o bem-estar de seus filhos, deixando-os desamparados, sem qualquer suporte emocional e, não raras vezes, até mesmo financeiro. Pais que agredem seus filhos, exploram seus filhos, enviando-os para as ruas desde muito novos para que possam trabalhar e levar o sustento para o lar, quando, na verdade, este seria dever dos genitores, eles é que deveriam prover e dar todo o sustento para seus filhos.

Há, ainda, casos de abandono afetivo mais discretos, mais difíceis de serem notados pelos que estão a volta do desamparado, mas que, para este, jamais será algo sem importância. São os casos em que os pais sustentam a casa, pagam boas escolas para os filhos, mas que, na verdade, não o fazem por preocupação ou com a intenção de dar suporte. Pais que não querem ter a obrigação de criar e educar seus filhos, que acabam deixando para que outras pessoas o façam, sejam os avós, tios ou, até mesmo, os professores na escola. Pais que não querem ser pais de verdade, que somente são presentes financeiramente, mas não emocionalmente e afetivamente.

O Ministro Luiz Edson Fachin<sup>37</sup> vai dizer que “A pior miséria humana é a pobreza de afeto. Matar a fome de afeto, eis a grande meta de uma sociedade solidária e generosa”. É

---

<sup>37</sup> FACHIN, Luiz Edson. *O mundo tem forma de quê?*: Boletim IBDFAM, Belo Horizonte n. 29, p. 3, 2003.

exatamente essa “miséria” que é abordada no presente trabalho. A falta de afeto gera consequências emocionais gravíssimas e, muitas vezes, até mesmo de saúde para aquele que sofre com essa ausência.

Não parece digno que qualquer ser humano precise implorar por afeto. Isto deve ser algo natural, espontâneo, que aconteça por vontade das partes envolvidas naquela relação. Filhos não devem implorar para receber assistência de seus pais, cuidado, proteção, educação. Isso é dever dos pais e deve ser feito de maneira voluntária.

Entretanto, quando isso não acontece, não parece justo que estes pais não tenham qualquer punição, que possam, ao fim da vida de seus filhos, quando a morte destes ocorre primeiro, se beneficiar de todo o esforço destes, esforço esse individual, uma vez que não puderam contar com qualquer suporte de seus pais ao longo da vida, recebendo o quinhão de uma herança que foi adquirida independentemente de qualquer incentivo recebido por estes pais, que nem sequer demonstraram afeto durante a vida de seus filhos.

Há um Projeto de Lei do Senado (PL 700/2007), aprovado em setembro de 2015 pela Comissão de Direitos Humanos e remetido à Câmara dos Deputados em outubro do mesmo ano, que tem como objetivo a alteração do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que haja sanção para os pais que deixarem de prestar assistência afetiva aos filhos.

O projeto estabelece que a assistência afetiva devida pelos pais aos filhos menores de dezoito anos está relacionada ao apoio e a solidariedade em todas as áreas da vida do filho, seja na área da educação, dando suporte nas escolhas profissionais, na área emocional, no que concerne a proteção, ou, ainda, quaisquer outras necessidades apresentadas pelos filhos. Os pais devem estar presentes fisicamente e afetivamente em todos os momentos, principalmente nos momentos em que forem solicitados pela criança ou pelo adolescente.

Com a referida alteração, o abandono afetivo passaria a ser considerado como conduta ilícita, sendo atribuída pena de um a seis meses de detenção, a título de sanção, aos que deixarem, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

A alteração proposta revela a importância da assistência dos pais, prevista na Constituição Federal desde 1988, mas que só agora está começando a se tornar evidente e a obter mais relevância no ramo do direito.

O abandono afetivo, vinculado a falta dessa assistência, vem ganhando força e visibilidade no direito brasileiro, recebendo cada vez mais importância. É exatamente por isso que o presente trabalho tem como objetivo a análise dos casos de abandono afetivo dos filhos, questionando a possibilidade de deserção dos ascendentes que não cumprem com o dever constitucional de assistência, abandonando afetivamente seus descendentes.

### **5.1. O abandono afetivo como causa de deserção**

Cada vez mais o abandono afetivo tem ganhado espaço na doutrina e na jurisprudência, principalmente no que se refere a existência de dano moral quando do abandono afetivo dos filhos pelos genitores.

Em 2012, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>38</sup> condenou, em decisão inédita até então, um pai a pagar R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a sua filha a título de indenização por danos morais por abandono afetivo. A indenização foi concedida logo após o reconhecimento judicial de paternidade. A decisão, *in verbis*, acabou abrindo precedentes para outras decisões nesse mesmo sentido.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.159.242 – SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 4 junho de 2018.



cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, Recurso Especial 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, 3ª turma)

Como se pode observar, a Ministra entendeu que o abandono afetivo está incorporado ao ordenamento jurídico, ainda que não esteja expressamente previsto, como já falado anteriormente. Ela, inclusive, cita o artigo 227 da Constituição Federal, já mencionado no presente trabalho, além de também mencionar os deveres de criação, educação, companhia e cuidado dos pais em relação aos filhos.

Nota-se que o voto da relatora é quase um resumo de tudo o que já foi abordado até aqui. A Relatora asseverou que a omissão destes deveres configura ilicitude civil, uma vez que os deveres são impostos legalmente, ou seja, são obrigações legais, não podendo o genitor simplesmente esquivar-se de sua responsabilidade, afirmando, ainda, que existe um núcleo mínimo de cuidados parentais, que vão muito além do simples cumprimento da lei, mas que, atrelados à afetividade, garantem aos filhos “condições para uma adequada formação psicológica e inserção social”.

Mais recentemente, em novembro de 2017, outra decisão no sentido de condenar o pai ao pagamento de indenização por abandono afetivo foi proferida na comarca de São Luís de Montes Belos, em Goiás, pelo juiz Peter Lemke Schrader. Na decisão prolatada, o juiz condenou o genitor ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais à sua filha mais velha, que ingressou com a ação alegando ter sofrido consequências psicológicas com a ausência do pai, que jamais havia comparecido nos momentos importantes de sua vida, como festas de aniversário, reuniões na escola e outros momentos festivos.

Na decisão, o magistrado esclareceu que estaremos diante de abandono afetivo quando presentes o caráter volitivo e cognitivo da atitude do genitor, ou seja, vontade e consciência livres, quando este não presta o seu dever de assistência e cuidado previsto na Constituição

Federal. Aduziu, ainda, que mesmo nos casos em que não haja uma conduta comissiva, a simples omissão é capaz de gerar a violação do referido dever constitucional, como, por exemplo, nos casos em que com plena consciência, o genitor se omite no efetivo desempenho da paternidade.

Observa-se que o entendimento do juiz do Tribunal de Justiça de Goiás segue a mesma linha do entendimento exposto pela Ministra Nancy Andrighi em seu voto, anteriormente transcrito, quanto a importância da assistência prestada aos filhos e a gravidade da sua omissão. Ainda que não tenha havido qualquer conduta comissiva, capaz de violar a dignidade do filho, a mera omissão já cria consequências devastadoras para o desamparado, gerando para o genitor o dever de indenização.

É claro que qualquer valor pecuniário jamais será capaz de suprir a ausência dos pais e todas as consequências geradas pelo abandono sofrido pelos filhos. Entretanto, é importante que estes ascendentes sejam punidos, ainda que a única forma de punição, por ora, seja monetária, a fim de que não fiquem completamente ileso.

Infelizmente, ainda não é possível encontrar com facilidade jurisprudência, ou até mesmo doutrina, que verse sobre o abandono afetivo como causa de deserção, como ocorre com o reconhecimento de dano moral. Em que pese seja algo extremamente importante e necessário, ainda não se fala tanto da deserção como consequência e punição para os casos de abandono afetivo dos filhos.

Há um Projeto de Lei, de n.º 3145/15, que tramita em caráter conclusivo, que tem como objetivo a alteração dos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil para incluir a possibilidade de deserção nos casos de abandono em hospitais, casas de saúde entidades de longa permanência ou congêneres, dos ascendentes pelos descendentes e dos descendentes pelos ascendentes, respectivamente.

Entretanto, como se pode observar, o Projeto de Lei não abarca a hipótese de abandono afetivo. Apesar de ampliar o rol de possibilidades de deserção, a alteração não resolverá os problemas enfrentados pelos descendentes que são abandonados afetivamente, mesmo dentro de seus lares.

O deputado Vicentinho Júnior, autor do Projeto de Lei, perdeu a oportunidade de incluir um inciso, ou, ainda, de alterar o inciso IV, para que ficasse prevista a possibilidade de deserdação nesta modalidade de abandono, que acaba sendo mais comum e ocorrendo com mais frequência do que os casos de abandono dos filhos em hospitais e casas de saúde.

A deserdação pelo desamparo de descendentes gravemente doentes já é prevista. Sendo assim, a alteração sugerida pelo Projeto de Lei somente irá trazer mudanças para os casos em que os filhos forem abandonados em hospitais com doenças leves, aquelas que não são consideradas como enfermidades graves.

A mudança proposta é bastante rasa, não trazendo alterações significativas no que tange à deserdação, justamente pela já previsão de exclusão sucessória nos casos de abandono de filhos gravemente enfermos.

Contudo, em 2010, ou seja, antes da propositura do Projeto de Lei acima mencionado, a Senadora Maria do Carmo Alves propôs o Projeto de Lei de n.º 118, que tem como objetivo dar novo tratamento aos institutos da indignidade e da deserdação, alterando os arts. 1.814 a 1.818 e 1.961 a 1.965 do Código Civil.

A mudança proposta prevê a modificação da denominação do Capítulo V do Código Civil, que atualmente denomina-se “Dos Excluídos da Sucessão”, para que passe a constar como “Dos Impedimentos de Suceder por indignidade” e do Capítulo X, do mesmo diploma legal, denominado atualmente de “Da Deserdação” para “Da privação da Legítima”.

Com as alterações, estaria impedido de suceder, por indignidade, todo aquele que abandonar ou desamparar, econômica ou afetivamente, o autor da herança que possuir qualquer tipo de deficiência, alienação mental ou grave enfermidade.

Nota-se que a modificação ampliaria o rol de indignidade, trazendo como possibilidades de declaração de indignidade hipóteses similares às que atualmente constam no rol de exclusão por deserdação.

Já em relação à deserdação, que é a que efetivamente importa para o presente trabalho, o projeto de lei busca autorizar a exclusão por deserdação dos herdeiros que se omitirem no cumprimento das obrigações que lhe são incumbidas legalmente pelo direito de família, ou seja, que tenham sido destituídos do poder familiar ou que não tenham reconhecido voluntariamente a paternidade ou maternidade do filho durante a sua menoridade civil.

O projeto foi remetido à Câmara dos Deputados em abril de 2011, onde permanece até agora. Se aprovado, haverá considerável melhoria no que tange às hipóteses de deserdação, mas ainda não será o suficiente, uma vez que não haverá previsão expressa para a deserdação nos casos de abandono afetivo.

A perda do poder familiar, como visto anteriormente, pode ocorrer pelo abandono do filho pelos pais, mas o artigo não fala em abandono afetivo, o que leva a interpretação de um abandono físico.

Na hipótese de deserdação pelo não reconhecimento voluntário de paternidade ou maternidade, este até poderá estar atrelado também ao abandono afetivo, uma vez que se pode deduzir que se um dos genitores sequer reconheceu a paternidade ou a maternidade, também não terá dado assistência na criação e educação dos filhos, jamais tendo prestado suporte emocional a estes descendentes.

Entretanto, ainda assim, continuariam de fora do rol aqueles casos, já citados aqui, em que os pais reconhecem a maternidade ou a paternidade, dando, inclusive, suporte financeiro aos filhos, pois pagam escola e fornecem alimentação, mas que não são presentes emocionalmente e afetivamente, que não cumprem de maneira satisfatória o seu papel pais.

Mais uma vez a oportunidade de se incluir expressamente o abandono afetivo como causa de deserdação foi desperdiçada. A intenção da Senadora foi boa e poderá resolver parte do problema, mas não resolverá o problema por completo. Uma vez o que rol é taxativo, com as inclusões propostas e o aumento do rol, sem dúvidas, inúmeros casos serão contemplados, permitindo, assim, que os autores da herança tenham um pouco mais de liberdade para decidirem se desejam ou não beneficiar aqueles que não cumpriram com excelência os deveres paternos e maternos.

Todavia, como o abandono afetivo permanecerá fora do rol do artigo 1.963, não havendo sequer previsão para a sua inclusão, muito embora, como visto, venha ganhando cada vez mais espaço na doutrina e na jurisprudência, aqueles que forem desamparados por seus genitores emocionalmente e afetivamente continuarão sem possibilidade garantida de exclusão de seus ascendentes da sucessão.

## 6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nota-se que, em que pese o Código Civil seja relativamente atual, por ter entrado em vigor em 2002, não houve grandes evoluções na parte de direito sucessório em relação ao Código Civil de 1916, tendo em vista que as causas de exclusão sucessória não acompanharam a evolução da sociedade.

Há, portanto, muito que se avançar em matéria de exclusão sucessória, mais especificamente, restringindo-se ao tema do presente trabalho, em relação ao instituto da deserdação no que concerne ao abandono afetivo dos descendentes pelos ascendentes.

De fato, ainda que haja tal necessidade de mudança significativa no texto legislativo, com a promulgação da Constituição de 1988, dá-se uma nova forma de interpretação ao Código Civil, que deve extrair seu fundamento de validade na Carta Magna, que passa a ser considerada norma fundamental de todo o ordenamento jurídico.

Não obstante a Constituição deva ser a base de todo o ordenamento jurídico, ainda há princípios e deveres que não foram totalmente abraçados pelo direito sucessório. O dever de assistência, criação e educação dos filhos não foi levado em consideração pelo legislador quando da elaboração das causas de deserdação, impedindo que os descendentes abandonados afetivamente possam excluir seus ascendentes da sucessão.

Por tratar-se de um rol taxativo, os magistrados acabam ficando impossibilitados de adotarem um entendimento extensivo, incluindo os abandonados afetivamente no rol do art. 1963 do Código Civil, a fim de que estes possam ter o direito de escolher se desejam ou não beneficiar aqueles que os abandonaram.

Embora o assunto venha sendo mais tratado e comentado atualmente, ainda há muito que se discutir. Como visto, os projetos de lei propostos ainda não são suficientes para a resolução de toda essa questão, uma vez que o abandono afetivo permaneceria fora do rol taxativo de causas para exclusão por deserdação.

Não deve demorar para que essa possibilidade fique em maior evidência e passe a ser

mais discutida nos tribunais e na doutrina, mas, por enquanto, ainda não se tem doutrina forte e consolidada defendendo a questão, o que acaba permitindo que os ascendentes recebam a herança dos descendentes que foram abandonados, mesmo não sendo esse o desejo destes últimos, fazendo, assim, com que o abandono afetivo fique impune na esfera sucessória.

Há, portanto, urgente necessidade de que essa aclamada modificação legislativa surja, a fim de acabar com a impunidade apontada. Até o surgimento da lei, contudo, o ideal seria que o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, desse interpretação conforme a Constituição dos referidos artigos do Código Civil, a fim de que o abandono afetivo passe a ser considerado uma das causas de deserdação.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventário e partilha: sucessões**. 24. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: sucessões**. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora. 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. v. 240. Rio de Janeiro: FGV. Abril de 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 4 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 646.721**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312692442&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 4 de junho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **RESP n.º 1.159.242-SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Plenário. Brasília, 9 de abril de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 4 de junho de 2018.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. O mundo tem forma de quê?. **Boletim IBDFAM**. n. 29. Belo Horizonte. 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 3. ed. São Paulo: Juspodvim. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins fontes. 2000.



PENA JR., Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Método. 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.